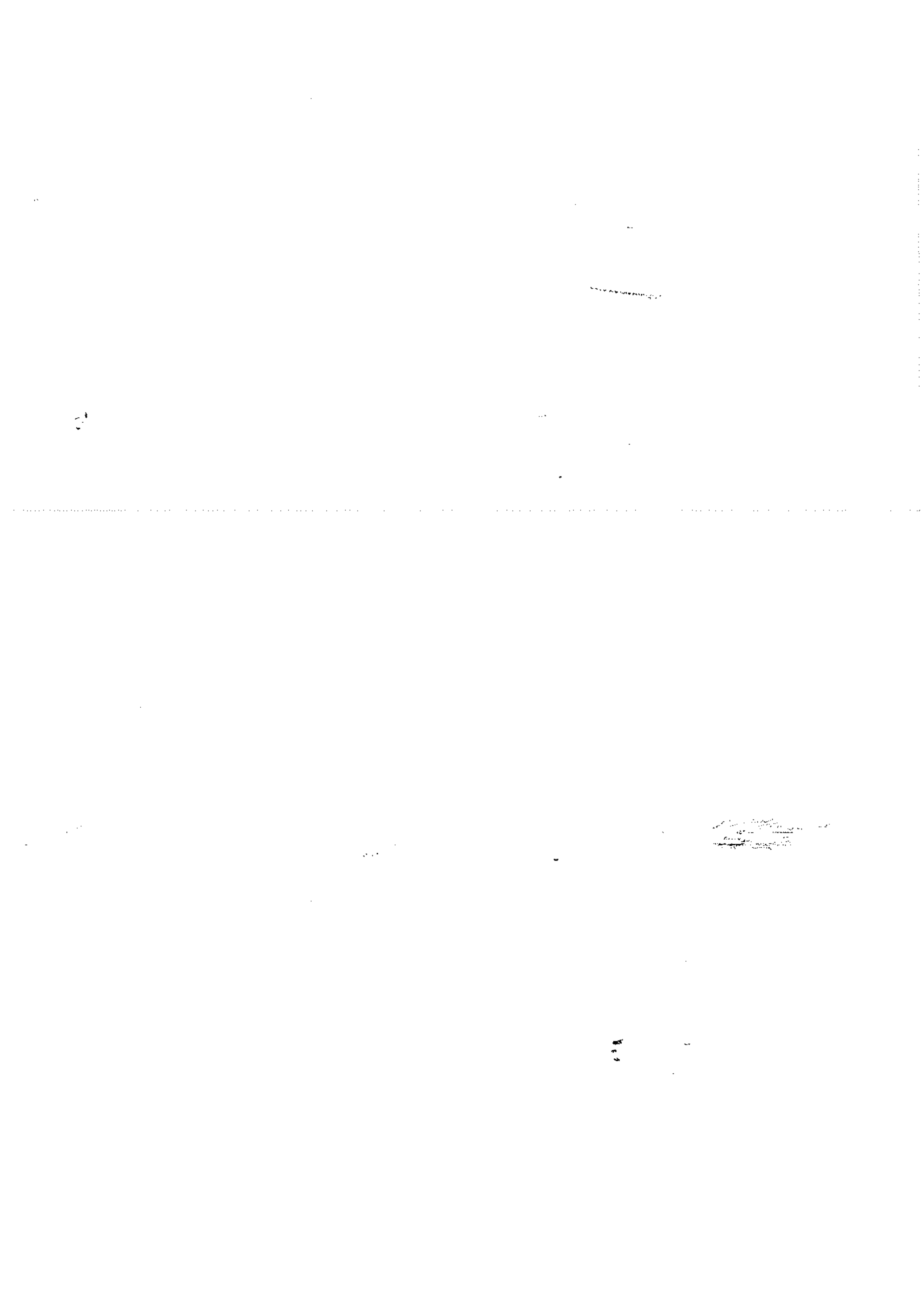
ألقانون ألإداري

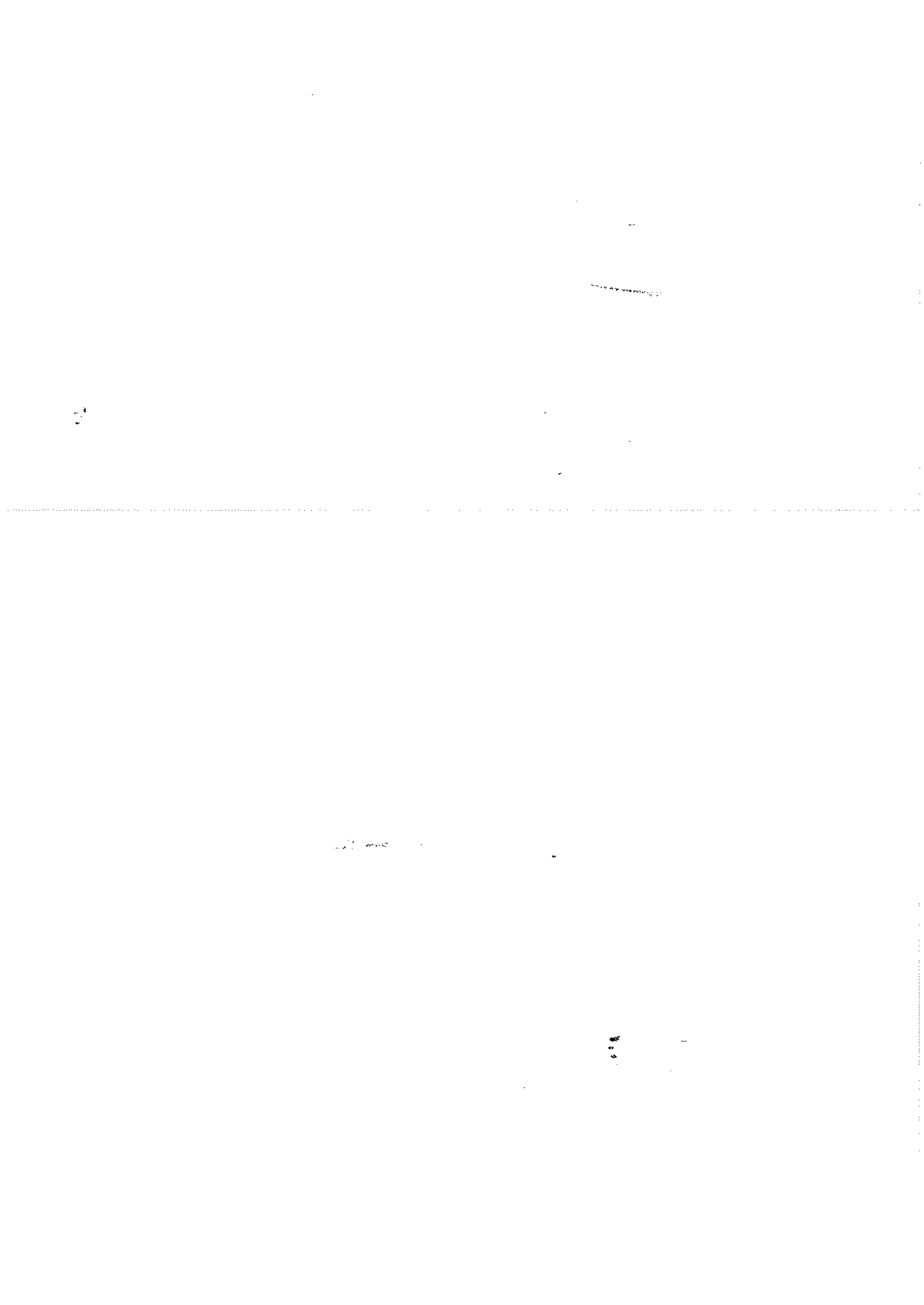
ألاستاذ الدكتور مازن راضي ليلو

2008

منشورات ألأكاديمية ألعربية في ألدنمارك



الفهرس



ألمقدمة

في سعي الأكاديمية ألعربية في الدنمارك توفير المادة العلمية المتكاملة المقروءة والمسموعة من أجل تقديم أفضل ألخدمات التعليمية للدارس بما يحقق مخرجات ذات جودة عالية تستجيب مع حاجات ومتطلبات سوق العمل . نضع بين أيادي طلبتنا هذا العمل في القانون ألإداري معززآ بشريط ممغنط بصوت المؤلف يحتوي على شرح للمادة المكتوبة .

نأمل أن يتحقق ألهدف ألمرجو من هذا العمل .



المحاضرة الاولى

التعريف بالقانون الإداري

درج أغلب الفقهاء على تعريف القانون الإداري بأنه ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يتضمن القواعد القانونية التي تحكم السلطات الإدارية في الدولة من حيث تكوينها ونشاطها بوصفها سلطات عامة تملك حقوقاً وامتيازات استثنائية في علاقاتها بالأفراد.[١]

بينما عرفه آخرون بأنه فرع من فروع القانون العام الذي يحكم الإدارة ، أو قانون الإدارة العامة *Administration Publique* أو قانون السلطة الإدارية *Pouvoir Administratif*.[٢]

في حين عرفه البعض بأنه القانون الذي يتضمن القواعد التي تحكم إدارة الدولة من حيث تكوينها ونشاطها باعتبارها سلطة عامة.[٣]

ونجد هنا أنه من المناسب أن نبين أن القانون يقسم إلى قسمين رئيسيين ، قانون عام وقانون خاص ، القانون العام هو القانون الذي ينظم نشاط الدولة وسلطاتها العامة ، ويحكم العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها العامة طرفاً فيها ، وتظهر فيها الدولة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات استثنائية لا مقابل لها في علاقات الأفراد.

أما القانون الخاص فينظم نشاط الأفراد ويحكم العلاقات بينهم أو بينهم وبين الدولة أو إحدى هيئاتها عندما تظهر بمظهر الأفراد العاديين أي ليس بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات استثنائية.

ويشتمل كل قسم من هذين القسمين على عدة فروع فيشتمل القانون العام على القانون العام الخارجي ويتضمن القانون الدولي العام ، والقانون العام الداخلي ويتضمن القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي.

في حين ينقسم القانون الخاص إلى القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية وغيرها من القوانين الأخرى.

وكما بينا فأن القانون الإداري هو فرع من فروع القانون العام الداخلي يحكم نشاط الإدارة العامة وهو موجود في كل دولة أياً كان مستواها وتطورها الحضاري.

وفي هذا المجال يسود مفهومان للإدارة العامة المفهوم العضوي أو الشكلي، والمفهوم الموضوعي أو الوظيفي.

المفهوم العضوي: يهتم بالتكوين الداخلي للإدارة العامة ، فيعرف الإدارة العامة بأنها السلطة الإدارية سواء المركزية منها أو اللامركزية ، وجميع الهيئات التابعة لها.

---

1 – د. أنور أحمد رسلان ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ٥ .

2 – *Jean Rivero . Droit , administratif , 1975 , P 9 .*

3 – د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، ١٩٨٧ ، ص ٨ .

بينما يهتم المفهوم الموضوعي بالجانب الوظيفي ، فيعرف الإدارة العامة بأنها النـشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لإشباع الحاجات العامة.

وتبعاً لذلك فإن القانون الإداري بمعناه العضوي هو القانون الذي يحكم السلطة الإدارية أو الأجهزة الإدارية في الدولة ، بينما يمكننا أن نعرف القانون الإداري بمعناه الموضوعي بأنه القانون الذي يحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة.

وقد اختلف الفقه في ترجيح أحد المفهومين إلا أن الاتجاه الحديث يقوم على الجمع بينهما ويعرف القانون الإداري بأنه: " القانون الذي ينظم الأجهزة والهيئات الإدارية في الدولة، ويحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة "

علاقة القانون الإداري بفروع القانون الأخرى:

من المهم أن نبين استقلال القانون الإداري عن فروع القانون الأخرى مـن خـلال بيـان علاقته بهذه القوانين وتحديد أوجه الاتفاق والاختلاف بينها ثم بيان علاقته بعلم الإدارة العامة.

١. العلاقة بين القانون الإداري والقانون الدستوري

أوضحنا أن القانون الإداري هو القانون الذي ينظم الأجهزة والهيئات الإدارية في الدولـة ، ويحكم النشاط أو الوظيفة التي تتولاها الأجهزة الإدارية لتحقيق المصلحة العامة.

أما القانون الدستوري: فهو القانون الأعلى والأساس في الدولة ، والذي يـنظم القواعـد القانونية التي تتعلق بنظام الحكم في الدولة والسلطات العامة فيها والعلاقة بينهما وحقوق وحريات الأفراد ، والضمانات التي تكفلها.

وعلى هذا فإن القانون الإداري وثيق الصلة بالقانون الدستوري ، فإذا كان القانون الإداري يحكم السلطة الإدارية المركزية وغير المركزية ، فإن القانون الدستوري هـو القـانون الأساسـي والذي يسمو على كافة القوانين الأخرى التي يجب أن تتقيد به وتحترم نصوصه.

وبمعنى آخر يضع القانون الدستوري الأحكام الكلية أو العامة للسلطة التنفيذية، بينما يضع القانون الإداري القواعد التفصيلية التي تكفل تشغيل الأجهزة الإدارية وأدائها لوظيفتها ، فالقـانون الإداري يكون بذلك امتداداً للقانون الدستوري.[٤]

وهو ما أبرزه الفقيه (بارتلمي) في معرض تمييزه بين القانون الإداري والقانون الدستوري فقال: " أن القانون الدستوري يبين لنا كيف شيدت الآلة الحكومية ، أما القانون الإداري فيبين كيف تسير هذه الآلة وكيف تقوم كل قطعة منها بوظيفتها ". [٥]

---

4 – د. مصطفى أبو زيد فهمي ، القانون الإداري ، الجزء الأول ، ١٩٨٤ ، ص ٥ . د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الإداري و ١٩٧٩ ، ص ١٤ .

5 – *Barthelemy – traite élémentaire de droit administratif, 1933, P 5.*

وبسبب تداخل كل من القانونين لتعلقهما بالشؤون الداخلية للمجتمع كونهما يمثلان فرعين من فروع القانون العام الداخلي ، نجد أن الفقه الإنجليزي لا يفرق بين القانون الدستوري والقانون الإداري ويدرس موضوعات القانونين معاً.

ومع أن الفقه الفرنسي في معظمه يميز بينهما ، فإن جانباً في الفقه ذهب إلى انتقاد محاولات التمييز بين القانون الإداري والقانون الإداري ، ودعى إلى دراستهما معاً ، وتزعم هذا الاتجاه الفقيه دوجي ***Dugui*** وجيز ***Jeze*** ، وبونار ***Bonnaed***. (٦)

ويمكن إجمال أوجه التمييز بين القانونين بالآتي:-

أ - من حيث الموضوع:- يبحث القانون الدستوري في التنظيم السياسي للدولة من حيث تكوين سلطات الدولة الثلاث والعلاقة بينهما ، في حين يبحث القانون الإداري في أعمال السلطة التنفيذية الإدارية منها دون الحكومية.

ب- من حيث تدرج القوانين:- يحتل القانون الدستوري قمة الهرم القانوني في الدولة لأنه يقرر المبادئ الأساسية التي لا يمكن أن تتعداها القوانين الأخرى بما فيها القانون الإداري الذي يحكم بعض المسائل المتفرعة في المبادئ التي أقرها الدستور.

٢- علاقة القانون الإداري بالقانون المالي

القانون المالي هو مجموعة القواعد القانونية الخاصة بإدارة الأموال العامة في الدولة، وهو مكمل للقانون الإداري الذي يتعلق بتنظيم الأجهزة والهيئات الإدارية ، ويوضح النظام القانوني الذي يحكم الأموال العامة والحماية القانونية المقررة لهذه الأموال ، وكيفية الانتفاع بها ، ومن موضوعات هذا القانون كل ما يدخل ضمن إعداد الميزانية العامة في الدولة وسياسة وأنواع الضرائب المفروضة والأشراف والرقابة عليها.

٣- علاقة القانون الإداري بعلم الإدارة العامة

يتميز القانون الإداري عن علم الإدارة العامة من حيث زاوية اهتمام كل منهما فالقانون الإداري يبحث في التنظيم القانوني للجهاز الإداري ووظيفة كل عنصر في عناصره وعلاقته بالأفراد ، بينما تبحث الإدارة العامة في النواحي الفنية والتنظيمية للجهاز الإداري ويمكن تعريفها بأنها ذلك العلم الذي يهتم بدراسة تنظيم وتوجيه وتنسيق نشاط المنظمة الإدارية لتحقيق أهدافها العامة على أكمل وجه.

وكما بينا تشتمل الإدارة العامة على مفهومين ، مفهوم عضوي ، يهتم بدراسة هيكل المنظمات الإدارية وفروعها ، دون البحث في طبيعة النشاط الصادر منها ، ومفهوم موضوعي يهتم بدراسة النشاط الإداري لهذه المنظمات بصرف النظر عن شكل المنظمة التي صدر النشاط عنها.

---

6 - *R. Bonnard , Precis de droit Public , 1941 .*

ويظهر الاختلاف بين الإدارة العامة والقانون الإداري من خلال طريقة دراسة الموضوع الإداري محل البحث ، فالقانون الإداري عندما يبحث في تعريف القرار الإداري فإنه يركز عليه كعمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية ويتضمن أثراً قانونياً ، كذلك يبحث في مشروعية القرار الإداري وشروط صحته ونفاذه ، وكيفية الطعن بالإلغاء والتعويض ضد القرارات غير المشروعة.

في حين يعرف علم الإدارة العامة القرار الإداري في خلال البحث في الكيفية العلمية والواقعية التي صدر على أساسها القرار وعملية صنعه والمراحل المختلفة التي مرت بها تلك العملية واكتشاف العيوب والمشاكل التي قد تعيق هذه العملية واقتراح سبل إصلاحها. (٧)

وفي مجال الوظيفة العامة يبحث القانون الإداري في المركز القانوني للموظف العام وطبيعة علاقته بالدولة وشروط تعيينه وحقوقه وواجباته والعقوبات التأديبية التي يمكن إيقاعها عليه وضماناته تجاهها ، ويبحث في طرق انتهاء علاقته الوظيفية ، وما إلى ذلك من أمور تنظمها في الغالب نصوص قانونية.

أما الإدارة العامة فتبحث الوظيفة العامة من ناحيتين ، الناحية التنظيمية فيدرس علم الإدارة العامة طبيعة الوظيفة العامة وأسس ترتيب الوظائف العامة ، وتحديد اختصاص ومواصفات كل وظيفة.

والناحية البشرية حيث تبحث الإدارة العامة عن أفضل نظام إداري لتطبيقه على العاملين في المنظمة الإدارية ، وتعرض لطرق اختيارهم ،ووسائل رفع كفاءتهم وتدريبهم ، والارتفاع بمستوى أدائهم ، كما تهتم الإدارة العامة بالحوافز المادية والمعنوية لموظفي الدولة ودراسة مشاكلهم الوظيفية والنفسية ، والبحث في سبل إصلاحها. (٨)

ومن الجدير بالذكر أن الإدارة العامة تخضع من حيث الأصل إلى قواعد متميزة عن قواعد القانون الخاص ، إلا أنها قد تنزل في أحيان أخرى عن استخدام هذه القواعد فتنزل منزلة الأفراد ، وتطبق قواعد لقانون الخاص ، والقانون الإداري بمعناه الواسع يعني "قانون الإدارة" أياً كانت القواعد القانونية التي تحكمها قواعد القانون الخاص أم قواعد قانونية متميزة عنها "قواعد القانون العام" ، والقانون الإداري بهذا المعنى موجود في كل مجتمع سواء أخذ بمبدا الازدواج القانون أم لم يأخذ.

أما القانون الإداري بمعناه الفني أو الضيق فينحصر دوره بما يطبق على الإدارة من قواعد قانونية متميزة ومغايرة لقواعد القانون الخاص ولا يوجد بهذا المعنى إلا في الدول إلى تأخذ بنظام الازدواج القانوني.

7 - د. محمد رفعت عبد الوهاب ، د. صبحي عثمان محمد عثمان ، مبادئ القانون الإداري ٢٠٠١ ص ٣٣.

8 - د. عبد الغني بسيوني ، القانون الإداري ، ١٩٩١، ص ٢٧.

ومع أوجه الاختلاف بين القانون الإداري والإدارة العامة فإن بينهما الكثير من أوجه التقارب ، من حيث أنها يتعلقان بالبحث في موضوع واحد هو الجهاز الإداري في الدولة وأن انحصرت دراسة كل منها بجانب من جوانبه ، حتى أننا نجد أنه في الدول التي لا تأخذ بالازدواج القانوني "النظم الانجلوسكسونية " تشتمل دراسة الإدارة العامة على النواحي القانونية التي يحكمها من حيث الأصل القانون الإداري بالإضافة إلى دراسة الناحية الفنية والتنظيمية.

الفصل الثاني

نشأة القانون الإداري وتطوره

تعد فرنسا مهد القانون الإداري ومنها انتشر إلى الدول الأخرى ، ويرجع الفضل في ظهور هذا القانون إلى عوامل تاريخية تأتي في مقدمتها الأفكار التي جاءت بها الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ م ، التي قامت على أساس الفصل بين السلطات، ومن مقتضياته منع المحاكم القضائية القائمة في ذلك الوقت من الفصل في المنازعات الإدارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية.

وأدى هذا الاتجاه إلى وجود نظام القضاء المزدوج الذي كان مهداً لنشوء الازدواج القانوني وظهور القانون الإداري.

المبحث الأول

نشؤ القانون الإداري في فرنسا

كانت سلطات الحكم قبل الثورة الفرنسية مركزة في يد الملك حيث ساد نظام الملكية المطلقة، ولم تكن الدولة تخضع للمساءلة أو الرقابة أمام القضاء بواسطة دعاوى الأفراد، وهي إن تعاملت مع الأفراد خضعت معاملاتها للقانون المدني. (٩)

وفي هذه الفترة كانت توجد محاكم قضائية تدعى البرلمانات **Parlements** أنشئت لتكـون ممثلة للملك في وظائفه القضائية، وكانت الدعاوى تستأنف أمامها ما لم سند الملك ذلك الاختصاص إلى جهة أخرى، كما وجدت محاكم مختصة ببعض المنازعات الإدارية. (١٠)

وقد كانت البرلمانات تمارس سيطرة رجعية على الإدارة وتتدخل في شـؤونها وتعـارض وتعرقل كل حركة إصلاحية (١١) مما حدى برجال الثورة الفرنسية إلى منع المحاكم القضائية القائمة في ذلك الوقت من الفصل في المنازعات الإدارية للحفـاظ علـى اسـتقلال الإدارة تجـاه الـسلطة القضائية، من خلال تبنيهم لمبدأ الفصل بين السلطات.

١. مرحلة الإدارة القاضية : *Administration Juge*

تأكيداً لاتجاه الثورة الفرنسية في الفصل بين السلطات صـدر قـانون ١٦-٢٤ أغـسطس ١٧٩٠ ، الذي نص على إلغاء المحاكم القضائية (البرلمانات) وإنشاء ما يسمى بالإدارة القاضية أو الوزير القاضي كمرحلة أولى قبل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي ، ومنع القضاء العادي من النظـر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها و أصبحت الهيئات الإدارية هي صاحبة الاختصاص في الفصل بهذه المنازعات.

وفي مرحلة الإدارة القاضية كان على الأفراد اللجوء إلى الإدارة نفسها للتظلم إليها وتقديم الشكوى ، فكانت الإدارة هي الخصم والحكم في الوقت ذاته وكان هذا الأمر مقبولاً إلى حد ما فـي ذلك الوقت بسبب السمعة السيئة لقضاء البرلمانات التعسفية.

٢. إنشاء مجلس الدولة الفرنسي :

بنشوء مجلس الدولة في ١٢ ديسمبر ١٧٩٧ في عهد نابليون بونـابرت وضـعت اللبنـة الأولى للقضاء الإداري الفرنسي مع أن اختصاص المجلس كان أو الأمر استشارياً يتطلب تـصديق القنصل.

وفي الوقت ذاته تم إنشاء محاكم أو مجـالس الأقـاليم ***Les Conseils de Préfecture*** التي كانت تصدر أحكاماً لا تحتاج إلى تصديق سلطة إدارية عليا، إلا أن أحكامهـا تـستأنف أمـام مجلس الدولة الذي كانت أحكامه تعرض على القنصل.

---

9 – د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، ١٩٧٩، ص ٦ .

10 – د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري ، المصدر السابق ، ص ٤٦ .

11 – د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الإداري ، المصدر السابق ، ص ٤٠ .

فقد كان عمل المجلس يقتصر على فحص المنازعات الإدارية وإعداد مشروعات الأحكام ، فلم يكن يملك سلطة القضاء وإصدار الأحكام ، ولذا سمى قضاؤه في هذه المرحلة " القضاء المقيد" أو المحجوز *Justice Retenue* وقد استمرت هذه المرحلة إلى عام ١٨٧٢ حيث أصبح قضاؤه مفوضاً.

٣. مرحلة القضاء المفوض *Justice déléguée*

في ٢٤ مايو ١٨٧٢ صدر قانون منح مجلس الدولة الفرنسي اختصاص البت نهائياً في المنازعات الإدارية دون تعقب جهة أخرى.

ومع أن هذا القانون خول المجلس سلطة البت النهائي في المنازعات الإدارية فإنه أبقى على اختصاص الإدارة القاضية فلا يملك الأفراد اللجوء إلى مجلس الدولة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون ، وفيما عدا ذلك تختص به الإدارة القاضية ، مما أوجد ازدواجاً قضائياً ، واستمر هذا الوضع حتى تاريخ ١٣ديسمبر ١٨٨٩ عندما قبل مجلس الدولة دعوى قدمها أحد الأفراد مباشرة من دون المرور على الإدارة في قضية *Cadot* وترتب على حكمه فيها أن أصبح مجلس الدولة صاحب الاختصاص العام في المنازعات الإدارية.

وبسبب تراكم العديد من القضايا أمام مجلس الدولة حدد المشرع اختصاص مجلس الدولة على سبيل الحصر بموجب المرسوم الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ ، وأصبحت المحاكم الإدارية التي كانت تسمى مجالس الأقاليم صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية.

ثم أعقب ذلك بعض المراسيم التي تضمنت الإصلاحات منها المراسيم الأربعة الصادرة في ٣٠ يوليو ١٩٦٣ المتعلقة بتحديد النظام الأساسي للعاملين في المجلس وتنظيمه الداخلي ونشاطه الداخلي ، وتم تعديل هذا التنظيم بثلاثة مراسيم أخرى في ٢٦ أغسطس ١٩٧٥ م ، وبمرسوم في ١٥ يناير ١٩٨٠ ، وآخر في ١٦ ديسمبر ١٩٨٧ لإصلاح القضاء الإداري أنشأ بموجبه المحاكم الإدارية الاستئنافية ووسع نطاق الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة.

وقد أصبح مجلس الدولة خلال تاريخه الطويل قاضي المنازعات الإدارية دون منازع، وساهم في إرساء مبادئ القانون الإداري وقواعده المتميزة عن قواعد القانون الخاص وابتدع الحلول المناسبة لمقتضيات حسن سير الإدارة العامة، وأكد على وجود واستقلال القانون الإداري.

المبحث الثاني

نشوء القانون الإداري في مصر

قبل نشوء مجلس الدولة في مصر عام ١٩٤٦ لم تعرف مصر القضاء الإداري ، وقد كانت المحاكم المختلطة والأهلية السائدة قبل هذا التاريخ في النظام القضائي المصري تطبق بعض القوانين على المنازعات بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة ، ولم يكن من بينها القانون الإداري.

وقد ذهب جانب من الفقه الإداري المصري إلى أن أساس القانون الإداري ومبادئه قد بدأت تظهر من خلال أحكام المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، بينما خالف جانب آخر منهم، وذهب إلى

أن مبادئ القانون الإداري لم تنشأ حقيقة إلا من خلال أحكام مجلس الدولة بعد أن إنشاؤه عام ١٩٤٦. (١٢)

وكان مجلس الدولة وقت إنشاؤه يتمتع بصلاحيات محددة وبمحكمة قضاء إداري واحدة ، ثم ما لبث أن توسعت اختصاصاته إذ صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي وسع اختصاصاته ثم أنشأت المحاكم الإدارية بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٤ ، وبعد ذلك في عام ١٩٥٥ تم إنشاء المحكمة الإدارية العليا لتكون في قمة القسم القضائي بمجلس الدولة.

ثم صدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم مجلس الدولة ، وقد مر مجلس الدولة بتطورات عدة حتى صدر القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته.

ووفقاً لهذا القانون يعد مجلس الدولة هيئة قضائية ملحقة بوزير العدل ، ويتكون من رئيس وعدد من نواب الرئيس والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين ومن مندوبين مساعدين.

هذا ولم تؤثر تبعية المجلس لوزير العدل في استقلاله في ممارسة وظيفته إذ لا تتعدى هذه التبعية منح الوزير الأشراف الإداري وضمان حسن سير العمل الوظيفي ، وهو ما أكدته المادة الأولى من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ".

ولم يولد المجلس قوياً منذ نشأته فقد كان القضاء الإداري صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية وكانت اختصاصات مجلس الدولة محددة على سبيل الحصر في القوانين التي سبقت القانون الحالي.

ففي ظل القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ كان القضاء العادي ينفرد بنظر دعاوى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية ويختص بالاشتراك مع المجلس في نظر طلبات التعويض عن القرارات الإدارية، ويترتب على رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية وإذا ما رفعت دعوى الإلغاء أو التعويض إلى مجلس الدولة عدم جواز رفع دعوى التعويض أمام المحاكم العادية فإنه يمتنع رفعها أمام مجلس الدولة.

كما كانت المحاكم العادية تنفرد بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية حتى صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي منح المجلس النظر في منازعات عقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد بالاشتراك مع المحاكم العادية.

وفي ظل القانونين ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ و ٥٥ لسنة ١٩٥٩ استمرت المحاكم العادية تنفرد بالنظر في دعوى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية في الوقت الذي استقل به مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بالتعويض عن القرارات الإدارية والعقود الإدارية.

---

[١٢] – د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، ١٩٧٦ ، ص ٨١ . / د. عبد الغني بسيوني ، المصدر السابق ، ص ٥٢ وما بعدها .

وبصدور القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أصبح مجلس الدولة صاحب الولاية العامة بالنظر في المنازعات الإدارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فقد ورد في المادة ١٧٢ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وفي الدعاوى لتأديبية ويحدد اختصاصاته الأخرى ".

وبذلك أصبح مجلس الدولة قاضي القانون العام المختص بالفصل في المنازعات الإدارية والتأديبية وساهم بإرساء مبادئ القانون الإداري ، وكان له دور رائد في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من عسف الإدارة وإلغاء قراراتها المعيبة والتعويض عنها.

المبحث الثالث

نشوء القانون الإداري في العراق

ان وجود قضاء متخصص يمارس الرقابة على اعمال الادارة يمثل ضمانة حقيقية لحقوق وحريات الافراد في مواجهة تعسف الادارة ويؤدي بالادارة الى التأني والحذر في تصرفاتها لتتأكد من مطابقتها للقانون ، وقد حمل القضاء الاداري على كاهله هذه الخدمه.

وقد اتبع العراق حتى عام ١٩٨٩ اسلوب القضاء الموحد ومقتضاه ان تختص جهة قضائية واحده بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ بين الافراد أنفسهم أو بينهم وبين الادارة أو بين الهيئات الادارية ذاتها .

و قد وجه النقد الى هذا النظام من حيث انه يقضي على الاستقلال الواجب توفره للادارة بتوجيه الاوامر اليها مما يعيق أدائها لاعمالها ، مما يدفع الإدارة الى استصدار التشريعات التي تمنع الطعن في قراراتها ،ولايخفى مالهذا من اضرار بحقوق الافراد وحرياتهم.

وعلى ذلك فقد توجه المشرع نحو انشاء هيئه قضائيه اخرى الى جانب مجلس الانضباط العام الذي كان يختص بالنظر في الطعون المقدمة في العقوبات التأديبية الخاصة بموظفي الدولة والقطاع الاشتراكي ودعاوى الموظفين الناشئة عن حقوق الخدمة المدنية.

وهي محكمة القضاء الاداري والتي تم انشائها بصدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ والتي اصبحت تختص بالنظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي التي لم يعين مرجع للطعن فيها والتعويض عنها اذا ما رفع طلب التعويض تبعاً لطلب الالغاء.

فقد ورد في المادة السابعة / ثانياً من القانون اعلاه : " هـ- يعتبر من اسباب الطعن بوجه خاص ما يأتي:

ان يتضمن الامر او القرار خرقاً او مخالفة للقانون او الانظمة او التعليمات.

ان يكون الامر او القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص او معيباً في شكله.

ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين او الانظمة او التعلمات او في تفسيرها او فيه اساءة او تعسف في استعمال السلطة ويعتبر في حكم القرارات او الاوامر التي يجوز الطعن فيها رفض او امتناع الموظف او الهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي عن اتخاذ قرار او امر كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً ".

ومنذ هذا التاريخ وجد في العراق قضاء متخصص يمارس الرقابة على اعمال الادارة يمثل ضمانة حقيقية لحقوق وحريات الافراد في مواجهة تعسف الادارة ويؤدي بالادارة الى التأني والحذر في تصرفاتها لتتأكد من مطابقتها للقانون، معتمدا على ما تقضي به مبادئ القانون الاداري وقواعده المتميزة عن قواعد القانون الخاص لايتورع عن ابتداع الحلول المناسبة لمقتضيات حسن سير الإدارة العامة، رغم ما يكتنف تجربة القضاء الاداري العراقي من قصور تمثل في استثناء العديد من المنازعات من ولاية المحكمه.

الفصل الثالث

خصائص ومصادر القانون الإداري

نبين في هذا الجزء من الدراسة الخصائص التي يتميز بها القانون الإداري والمصادر التي يستمد منها أحكامه وذلك في مبحثين.

المبحث الأول

خصائص القانون الإداري

يتميز القانون الإداري ببعض الخصائص منها أنه قانون سريع التطور، وقانون غير مقنن ، وأنه من صنع القضاء.

أولاً : قانون سريع التطور .

يتسم القانون الإداري بأنه قانون يتطور بسرعة تفوق التطور الاعتيادي في القوانين الأخرى ولعل ذلك يرجع إلى طبيعة المواضيع التي يعالجها، فقواعد القانون الخاص تتميز بالثبات والاستقرار، وقد تمر فترة طويلة قبل أن ينالها التعديل أو التغيير، ويعود ذلك إلى أن العلاقات التي ينظمها القانون الخاص بفروعه المختلفة " قانون مدني، قانون تجاري، قانون مرافعات " تتعلق بقواعد عامة تتطلب قدراً من الاستقرار مع ترك الحرية للأفراد من تسيير الأمور الأخرى ذات الطابع المتغير في حدود القواعد العامة المنصوص عليها على عكس القانون الإداري الذي يعالج مواضيع ذات طبيعة خاصة لتعلقها بالمصلحة العامة وحسن تسيير وإدارة المرافق العامة وجانب من أحكامه غير مستمدة من نصوص تشريعية وإنما من أحكام القضاء وخاصة القضاء الإداري الذي يتميز بأنه قضاء يبتدع الحلول للمنازعات الإدارية ولا يتقيد بأحكام القانون الخاص إنما يسعى

إلى خلق ما يتلائم مع ظروف كل منازعة على حده تماشياً مع سرعة تطور العمل الإداري ومقتضيات سير المرافق العامة.

ولعل من أسباب سرعة تطور القانون الإداري أنه يتأثر بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الدولة وهي عوامل متغيرة باستمرار وغير مستقرة نسبياً، فاتساع نشاط الدولة ونزعتها التدخلية وانتشار الحروب والازمات الاقتصادية وظهور المرافق العامة الاقتصادية ، وما إلى ذلك من ظواهر اقتصادية وسياسية وإدارية، وضرورة استيعاب القانون الإداري لهذه المتغيرات ومواجهتها أدى بالضرورة إلى التطور المستمر في أحكامه.

ثانياً : قانون من صنع القضاء .

يتميز القانون الإداري أيضاً بأنه قانون قضائي نشأ عن طريق المبادئ والقواعد الإدارية التي خلقها القضاء، وقد ساعد على ذلك عدم تقنين أغلب قواعد القانون الإداري فكان لابد للقضاء أن ينهض بهذه المهمة من خلال وضع أسسه ونظرياته.

وإذا كان التشريع ينهض في الحقيقة ببعض مواضيع القانون الإداري خاصة ما يتعلق ببعض النصوص الدستورية والتشريعية واللائحية التي تحكم جوانب مهمة من علاقات الإدارية العامة مثل قانون الخدمة المدنية وقانون انضباط موظفي الدولة، فأن التشريع لا زال قاصراً عن مجالات أخرى كثيرة من قبل قواعد القرار الإداري وقواعد المسؤولية الإدارية وشروط الطعن بالإلغاء ، وما إلى ذلك من مجالات لازال القضاء يمثل المصدر الرسمي الرئيس لأحكامه.

وقد كشف مجلس الدولة الفرنسي عن النظريات والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري وأستلم عنه القضاء الإداري في مصر العديد من أحكامه، حتى أصبح دور المشرع في كثير من الأحيان مقتصراً على تسجيل ما توصل إليه القضاء الإداري من أحكام.[١٣]

ودور القضاء الإداري في هذا المجال كان متميزاً عن دور القضاء العادي، الذي ينحصر بتطبيق القانون على المنازعة دون أن يتعداه لخلق الحلول المناسبة التي تتفق مع طبيعة منازعات القانون الإداري، الأمر الذي أضفى على قواعد القانون الإداري الطابع العملي الذي يتماشى مع ظروف واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات سيرها الحسن وتطورها المستمر.

ومع ذلك يتقيد القضاء في أداء مهامه وابتداعه لمبادئ وقواعد القانون الإداري بعدم مخالفة النصوص التشريعية القائمة على أساس أن القضاء أنما يعبر عن إرادة مفترضة للمشرع ، أما إذا أفصح عن إرادته تلك بنصوص تشريعية فأنه يلتزم بتطبيق تلك النصوص في أحكامه. [١٤]

ثالثاً : قانون غير مقنن .

---

١٣ – د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، ط٢، دار الفكر، ١٩٩٢– ص٤٩.

١٤ – ينظر : د. محمد فؤاد مهنا – مبادئ وأحكام القانون الإداري – ١٩٧٥ – ص٢٥ ؛ د. أنور أحمد رسلان – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٦١ .

يقصد بالتقنين أن يصدر المشرع مجموعة تشريعية تضم المبادئ والقواعد العامة والتفصيلية المتعلقة بفرع من فروع القانون كما هو الحال في مدونة القانون المدني أو مدونة قانون العقوبات.

ولا يخفى ما لتدوين القواعد العامة والتفصيلة لقانون ما من أهمية من حيث إضفائه الثبات والاستقرار على نصوص التشريع وسهولة الرجوع إلى أحكامه.

وقد نشأ القانون الإداري في فتره انتشرت فيها حركة التقنين في أعقاب الثورة الفرنسية وتم تدوين قواعد القانون المدني في مدونة نابليون. [١٥]

إلا أن القانون الإداري لم تشمله هذه الحركة رغم رسوخ مبادئه واكتمال نظرياته ويرجع عدم تقنينه إلى سرعة تطوره وتفرع وسعة مجالاته مما يجعل من الصعوبة جمع أحكامه في مدونه واحدة خاصة وان أحكامه في الغالب ذات طبيعة قضائية، ولا يخفى ما في أحكام القضاء الإداري من مرونة تتأثر بالواقع الاقتصادي والإجتماعي والسياسي السائد في المجتمع.

وإذا كان عدم التقنين يعني عدم جمع إحكام القانون الإداري في مجموعة أو مدونة واحدة فإن ذلك لا ينفي وجود تقنينات جزئية لبعض موضوعات القانون الإداري، من ذلك وجود تشريعات خاصة بالموظفين وتشريعات خاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة وقوانين خاصة بالتنظيم الإداري أو القضاء الإداري إلى غير ذلك من مواضيع يتعذر جمعها في تقنين شامل.

المبحث الثاني

مصادر القانون الإداري

تشتمل مصادر القانون الإداري على مصادر القانون بصورة عامة، وهي عادة أربعة مصادر " التشريع – العرف – القضاء – الفقه ".

وإذا كان التشريع والعرف يعدان المصدران الرسميان للقوانين الأخرى، بينما يمثل القضاء والفقه المصدران التفسيريان للقواعد القانونية، فإن القانون الإداري يمنح القضاء دوراً هاماً ، بل يعده أهم مصادر القانون الإداري على الإطلاق، ويكون مع التشريع والعرف مصدراً رسمياً للقانون الإداري ، بينما يبقى الفقه مصدراً تفسيراً له.

وفيما يلي نعرض لهذه المصادر وبشيء من التفصيل.

أولاً : التشريع

يقصد بالتشريع كمصدر للقانون الإداري مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة من السلطة المختصة في الدولة، وقد تكون هذه السلطة سلطة تأسيسية فيكون التشريع دستورياً، أما إذا

---

[١٥] – للمزيد ينظر: د. ماجد راغب الحلو-القانون الإداري-الإسكندرية – ١٩٨٢- ص٥٠ .

د . ثروت بدوي – القانون الإداري – دار النهضة العربية – ١٩٧٤ – ص ٩٩ .

د. سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – دار الفكر – ١٩٧٩ – ص ١١.

كانت السلطة تشريعية فيكون التشريع عادياً ويطلق عليه اصطلاح القانون، وأخيراً إذا كانت هذه السلطة تنفيذية فإننا نكون أمام ما يمكن تسميته بالتشريعات الفرعية أو اللوائح، ويتميز التشريع عن غير من المصادر الأخرى بوضوحه وتحديده وسهولة تعديله.

١. التشريع الدستوري

تعد التشريعات الدستورية المصدر الأساسي والرسمي للقانون الإداري، وتقع التشريعات الدستورية الدستورية في قمة الهرم القانوني، وتسمو على القواعد القانونية الأخرى جميعاً، فهي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وعلاقتها بالمواطنين، وتتضمن التشريعات الدستورية بعض الموضوعات المتعلقة بالقانون الإداري، كتنظيم الجهاز الإداري في الدولة ونشاطه وحقوق الأفراد وحرياتهم.ومن ذلك انه قد نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة(١١٢) على ان يتكون النظام الاتحادي في جمهورية العراق من عاصمة واقاليم ومحافظات لامركزية وادارات محلية.

ويتوجب على الإدارة بوصفها جهاز السلطة التنفيذية أن تلتزم بالمبادئ التي جاء بها الدستور ولا يحق لها مخالفتها وإلا عدت أعمالها مخالفة لمبدأ المشروعية مما يعرضها للإلغاء والتعويض عما تسببه من أضرار.

والقواعد الدستورية يقصد بها مجموعة القواعد المكتوبة في وثيقة أو عدة وثائق دستورية فحسب فمن الممكن أن تكون تلك القواعد غير مكتوبة، في ظل دستور عرفي يتمتع بسمو القواعد الدستورية المكتوبة ذاتها.

كذلك تتمتع إعلانات الحقوق ما تضمنته هذه الإعلانات في حقوق وحريات الأفراد بقوة النصوص الدستورية فلا يجوز مخالفتها.

٢. التشريع العادي

يأتي التشريع العادي أو القانون بالمرتبة الثانية بعد الدستور، من حيث التدرج التشريعي باعتباره صادراً من الهيئة التشريعية المعبرة عن الإرادة العامة وهي صاحبة الاختصاص في ذلك.

والإدارة بوصفها السلطة التنفيذية تخضع لأحكام القوانين فإذا خالفت حكم القانون أو صدر عمل إداري استناداً إلى قانون غير دستوري وجب إلغاء ذلك العمل.[16]

٣. التشريع الفرعي أو اللوائح

يطلق على القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية التشريع الفرعي، وتسمى في مصر اللوائح الإدارية بينما يطلق عليها في العراق الانظمة، وهي قواعد عامة مجردة واجبة الاحترام تلي التشريع العادي في مرتبتها في سلم التدرج القانوني ، وتخضع لرقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة باعتبارها قرارات إدارية يجب أن تكون متفقة مع القانون.

أ / اللوائح التنفيذية

[16] – د. صبيح بشير مسكوني – القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية – منشورات جامعة بنغازي – كلية الحقوق – ١٩٧٤ – ص ٢٢ .

تصدر الوزارات بصفتها الهيئة لتنفيذية في الدوله اللوائح التنفيذية المتعلقة بتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطه التشريعيه لتوضيح ما يكتنفها من غموض وتسهيل تطبيقها.

ب/ اللوائح التنظيمية

تمارس الاداره أيضاً اختصاص إصدار اللوائح التنظيمية التي تتعدى تنفيذ القوانين إلى تنظيم بعض الأمور التي لم يتطرق إليها القانون فتقترب وظيفتها من التشريع ، ومن ذلك قيامها بما يتعلق بتنظيم الجهات الإدارية ونظام العمل بها وشؤونها الإدارية والمالية ، وهو من صميم عمل الوزاره بصفتها المختصة بتنظيم الجهاز الإداري في الدولة.

ج/ اللوائح الضبطية أو البوليسية

تختص الهيئة التنفيذية بإصدار لوائح الضبط الإداري المتعلقة بالمحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة من ذلك اللوائح الخاصة بمكافحة الضوضاء أو غلق المحال المضرة بالصحة العامة.

د/ اللوائح التفويضية

تصدر الهيئة التنفيذية هذا النوع من اللوائح بتفويض من الهيئة التشريعية التي يمثلها البرلمان في العراق في موضوعات تدخل أصلاً ضمن اختصاصه، ومن ذلك اختصاصها بإصدار اللوائح الخاصة بإنشاء وتنظيم المؤسسات والهيئات والمصالح والشركات العامة لممارسة الاختصاصات ذات الطبيعة الاستراتيجية وتحديد أهدافها واختصاصاتها.

ه/ لوائح الضرورة

تصادف الهيئة التنفيذية في بعض الأوقات ظروفاً استثنائية تجبرها على إصدار لوائح إدارية تضمن حماية النظام العام وحسن سير المرافق العامة لتعذر صدورها من الهيئة التشريعية المختصة فعلاً بإصدارها، لغيبتها أو لحصولها في غير فترة انعقادها على أن تعرض على الهيئة التشريعية خلال مدة معينة لكي تقرها.

ثانياً : العرف

العرف الإداري هو مجموعة القواعد التي درجت الإدارة على إتباعها في أداء وظيفتها في مجال معين من نشاطها وتستمر فتصبح ملزمة لها، وتعد مخالفتها مخالفة للمشروعية وتؤدي إلى أبطال تصرفاتها بالطرق المقررة قانوناً.

ويأتي العرف الإداري في مرتبة أدنى من مرتبة القواعد القانونية المكتوبة مما يستلزم إلا يخالف نصاً من نصوص القانون فهو مصدر تكميلي للقانون يفسر ويكمل ما نقص منه ولكي يصبح سلوك الإدارة عرفاً إدارياً و مصدراً من مصادر القانون الإداري، يجب أن يتوافر فيه ركنان: ركن مادي و ركن معنوي.

١. الركن المادي

ويتمثل الركن المادي باعتياد جهة الإدارة على إتباع سلوك معين في نشاط معين وقد يكون هذا الاعتياد ايجابياً يظهر في صورة القيام بعمل، كما يمكن أن يكون سلبياً في صورة الامتناع عن

القيام بعمل ما،على أن يكون هذا العمل أو الامتناع بشكل ثابت ومستقر ويتكرر في الحالات المماثلة بشرط أن يمضى الزمن الكافي لاستقراره، وتقدير ما إذا كانت هذه المدة كافيه لوجود العرف من عدمه أمر مرجعه إلى القضاء.

٢. الركن المعنوي

أما الركن المعنوي فهو اعتقاد الإدارة والأفراد بإلزامية القاعدة المتبعة وضرورة احترامها وعدم مخالفتها واعتبار ذلك مخالفة قانونية تتطلب الجزاء، وبهذا المعنى تكون القرارات الإدارية التي تصدر مخالفة للعرف الإداري غير مشروعة وعرضه للإلغاء إذا طعن في مشروعيتها أمام القضاء.

إلى جانب ذلك يجب أن يكون العرف الإداري عاماً تطبقه الإدارة بشكل منتظم ومستمر بلا انقطاع في جميع الحالات المماثلة وان يكون مشروعاً وغير مخالف لنص قانوني أو لائحي.

ومن الجدير بالذكر أن التزام الإدارة باحترام العرف لا يحرمها من أمكان تعديله أو تغييره نهائياً إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة فالإدارة تملك تنظيم القاعدة التي يحكمها العرف بيد أن قيام العرف الجديد يتطلب توفر الركنين السابقين فلا يتكون بمجرد مخالفة الإدارة للعرف المطبق. [١٧]

أما إذا خالفت الإدارة العرف في حالة فردية خاصة دون أن تستهدف تعديله أو تغييره بدافع المصلحة العامة فإن قرارها أو إجراءها المخالف للعرف يكون باطلاً لمخالفته مبدأ المشروعية. [١٨]

ومع ذلك فأن دور العرف كمصدر رسمي للقانون الإداري أقل أهمية من المصادر الرسمية أخرى لصعوبة الاستدلال على القاعدة العرفية من جهة ، ولأن الإدارة في الغالب تلجأ إلى اللوائح كوسيلة لتنظيم نشاطها الإداري من جهة أخرى.

ثالثاً : القضاء

الأصل في وظيفة القاضي تطبيق القوانين والفصل في المنازعات المعروضة أمامه، وهو ملزم قانوناً بالفصل في المنازعة الداخلة في اختصاصه وإلا اعتبر منكراً للعدالة، لذلك رسم المشرع للقاضي الأسلوب الذي يسلكه لفض المنازعة إذا لم يجد في القواعد القانونية حلاً للمنازعة.

---

١٧ – د. ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ١٩٩٥ – ص ٣٥

١٨ – د. محمود حافظ – القضاء الإداري – الطبعة السابعة – دار النهضة العربية – القاهرة – ص ٣٧ .

وعلى ذلك لا يعد القضاء مصدراً رسمياً للقانون لدوره المتعلق بتطبيق النصوص التشريعية وتفسيرها وإزالة غموضها وإزالة التعارض المحتمل بينها، ولا يتعدى القاضي هذا الأمر ليصل إلى حد خلق قواعد قانونية خارج نصوص التشريع.[١٩]

إلا أن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري من حيث عدم تقنينه وظروف نشأته وتعدد مجالات نشاطه، أدى إلى أن يتجاوز القضاء الإداري دور القضاء العادي ليتماشى مع متطلبات الحياة الإدارية فيعمد إلى خلق مبادئ وأحكام القانون الإداري، فيصبح القضاء مصدر رسمي للقانون الإداري بل من أهم مصادرها الرسمية، ويتعدى دوره التشريع في كثير من الأحيان.

وتتميز أحكام القضاء الإداري بعدم خضوعها للقانون المدني، فالقاضي الإداري إذا لم يجد في المبادئ القانونية القائمة نصاً ينطبق على النزاع المعروض عليه يتولى بنفسه إنشاء القواعد اللازمة لذلك دون أن يكون مقيداً بقواعد القانون المدني.

ومن جانب آخر أن أحكام القضاء العادي ذات حجية نسبية تقتصر على أطراف النزاع وموضوعه ولهذا تحدد قيمتها بوصفها مصدراً تفسيرياً على النقيض من أحكام القضاء الإداري التي تتميز بكونها حجة على الكافة.

وفي ذلك يتبين أن للقضاء دوراً إنشائياً كبيراً في مجال القانون الإداري ومن ثم فهو يشكل مصدراً رئيسياً من مصادر المشروعية.

رابعاً : المبادئ العامة للقانون

تعد المبادئ العامة للقانون مصدراً مهماً من مصادر القانون الإداري ويقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك المبادئ التي لا تستند إلى نص مكتوب، وإنما يكون مصدرها القضاء وهي تختلف عن المبادئ القانونية التي يكون مصدرها التشريع.[٢٠]

وقد لجأ القضاء الإداري إلى المبادئ العامة للقانون للفصل في العديد من المنازعات الإدارية لعدم تقنين قواعد القانون الإداري.

وتستمد أغلب هذه المبادئ من الطبيعة المتميزة للحياة الإدارية ، كمبدأ دوام استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، والمساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة، ونظرية الظروف الاستثنائية ، أو تستمد في فكرة العدل والمنطق والتي بمقتضاها مارس القضاء الإداري رقابته على

---

[١٩] - د. رفعت محمد عبد الوهاب – المصدر السابق – ص ٧٦ .

[٢٠] - د. محمد فؤاد مهنا – مبادئ وأحكام القانون الإداري – منشأة المعارف –الإسكندرية – ١٩٧٥ – ص ٨٣ .

الوجود المادي للوقائع وصحة التكييف القانوني لها وضرورة التناسب بين جسامة الـذنب الإداري والعقوبة المقررة لها. [21]

والقضاء الإداري بهذا المعنى لا يخلق المبادئ العامة للقانون إنمـا يقتـصر دوره علـى كشفها والتحقيق من وجودها في الضمير القانوني للأمة، ولذلك فمن الواجب على الإدارة والقضاء احترامها والتقيد بها باعتبارها قواعد ملزمة شأنها في ذلك شأن القواعد المكتوبة.

[21]- *Rivero(J) : le Juge administratif Francais un Tuge qui gouverne , 1951 , P 21 .*

المحاضرة الثانية

أساس القانون الإداري

سعى الفقه والقضاء نحو إيجاد أساس أو فكرة عامة تصلح أن تكون دعامة تقوم عليها مبادئ ونظريات القانون الإداري وتحديد المعيار المميز لموضوعاته عن موضوعات القوانين الأخرى.

وإذا كان القانون الإداري في معناه التقليدي قد نشأ في ظل النظام القضائي المزدوج فإن البحث عن أساس القانون الإداري يساهم بالإضافة إلى بيان الأساس النظري والفني لأحكام ومبادئ القانون الإداري ، إلى وضع الأسس الكفيلة بتعيين الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء المدني خاصة وقد فشل المشرع في تحديد معاني أو موضوع المنازعة الإدارية وإعدام قائمة باختصاص القضاء الإداري ، لعدم تمكنه من التنبؤ مسبقاً بمختلف المنازعات ذات الطبيعة الإدارية، كما أن القضاء الإداري لم يعد جهة قضاء استثنائي كما نشاء ابتداءً إنما أصبح نظام قضائي موزاي لنظام القضاء المدني وله أهميته وأصالته.

وعلى ذلك كان لابد من وضع معيار ثابت ومستقر لتحديد أساس القانون الإداري، وظهر في هذا المجال عدة نظريات أو معايير رغم تعددها لم تعش تستمر طويلاً إنما راح بعضها يغلب على بعض تباعاً واندماج بعضها بالبعض الآخر لسد ما انكشف فيها من نقص أو قصور.

وسنعرض فيما يلي لأهم هذه المعايير ...

المبحث الأول

معيار أعمال السلطة وأعمال الإدارة

يقوم هذا المعيار على أساس تقسيم أعمال الإدارة إلى صنفين أعمال سلطة *Acte d'autorite* وهي الأعمال التي تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة وتتمتع بحق الأمر والنهي وهذا النوع من الأعمال تحكمه قواعد القانون الإداري ويخضع لاختصاص القضاء الإداري.

وأعمال الإدارة العادية *Actte de gestion* وهي الأعمال التي تباشرها الإدارة بذات الأساليب التي يلجأ إليها الأفراد وفي نفس ظروفهم ، وتحكمها قواعد القانون الخاص ويختص بها القضاء العادي لأنها لا تتصف بطابع السلطة.

وقد سادت هذه النظرية حتى نهاية القرن التاسع عشر وكان من أنصارها الفقيه لافيريير *Laferrlere* وبارتلمي *Berthelemy* [1]، واعتمد القضاء الفرنسي عليها فترة من الزمن أساساً وحيداً للقانون الإداري.

إلا أن القضاء الإداري لم يلبث أن هجر هذا المعيار بفعل الانتقادات الموجه إليه، وكان النقد الأساسي يتمثل في أنه ضيق إلى حد كبير من نطاق القانون الإداري ومن اختصاصات القضاء الإداري، فطبقاً لهذه النظرية تقتصر أعمال السلطة على القرارات الإدارية والأوامر التي تصدرها سلطات الضبط الإداري لحفظ النظام العام، وتستبعد من نطاق تطبيقها جميع الأعمال الأخرى من قبيل العقود الإدارية وأعمال الإدارة المادية.

كما أن هذا المعيار وبالرغم من بساطته ووضوحه صعب التطبيق في الواقع أو ليس من السهل التمييز بين أعمال السلطة وتصرفات الإدارة العادية نظراً لطبيعته وتداخل النشاط الإداري.

المبحث الثاني

معيار المرفق العام

ظهر هذا المعيار وتبلور ابتداءً من الربع الأخير من القرن التاسع عشر، وأصبح الفكرة الأساسية التي اعتمدت عليها أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع كأساس للقانون الإداري ومعيار لاختصاص القضاء الإداري، وكان حكم روتشليد *Rotchild* الصادر عام ١٨٥٥ وديكستر *Dekester* الصادر عام ١٨٦١ من الأحكام الأولى في تقرير هذه الفكرة.

إلا أن حكم بلانكو *Blanco* الصادر عام ١٨٧٣ يمثل في نظر الفقه والقضاء حجر الزاوية في نظرية المرفق العام *Theorie de Service Public* وتتلخص وقائع هذا الحكم في انه صدمت عربة صغيرة تتبع مصنع تبغ بوردو طفلة فأوقعتها وجرحتها ، فرفع والد الطفلة النزاع إلى القضاء العادي طالباً التعويض من الدولة باعتبارها مسؤولة مدنياً عن الخطاء الذي ارتكبه عمال المصنع التابع لها ، إلا أن محكمة التنازع قررت أن الجهة المختصة بالنظر في النزاع هي القضاء الإداري وليس القضاء العادي ، وقضى بأنه " لا تختص المحاكم العادية أطلاقاً بنظر الدعاوى المقامة ضد الإدارة بسبب المرافق العامة أياً كان موضوعها ، حتى لو كانت تستهدف قيام القضاء العادي بمجرد الحكم عليها بمبالغ مالية تعويضاً عن الأضرار الناشئة عن عملياتها دون إلغاء أو تعديل أو تفسير قرارات الإدارة ".

ومن جانب آخر قرر هذا الحكم قواعد جديدة تحكم المسؤولية عن الأضرار التي تسببها المرافق العامة فورد " ومن حيث أن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل

1- *Berthelemy , Traite elementair de droit administratif 1976 , P 8 .*

الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقررها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الفراد بعضهم وبعض، وأن هذه المسؤولية ليست عامة ولا مطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعاً لحاجات المرفق ، ولضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة ". [٢]

وتطبيقاً لهذه النظرية فإن أساس القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، إنما يتعلق بكل نشاط تديره الدولة أو تهيمن على إدارته ويستهدف تحقيق المصلحة العامة.

والمرفق العام بهذا المعنى هو النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة أو تعهد به إلى جهة أخرى تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام. [٣]

وقد عزز هذا الاتجاه أن وضع العميد (ديجي) ***Duguit*** لأسس نظريته عن المرافق العامة التي كان لها شأن كبير بين نظريات القانون الإداري حتى باتت تقوم على اعتبار المرفق العام ومقتضيات سيره المبرر الوحيد لوجود نظام قانوني خارج عن المألوف في قواعد القانون الخاص.

وقد تجاوزت هذه النظرية الانتقادات التي وجهت لمعيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية، فشملت جميع نشاطات الإدارة المتصلة مباشرة بالمرافق العامة التي يحكمها القانون الإداري.

ويختص القضاء الإداري في نظر المنازعات الناشئة عنها من قبيل القرارات والعقود الإدارية والأعمال المادية سواء أصدرت عن الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى التابعة لها ، ما دامت تستهدف من هذه الأعمال إشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام.

مع ضرورة الإشارة إلى استثنائين محدودين في هذا المجال يتعلق الأول بإدارة الدولة أو الأشخاص التابعة لها لأموالها الخاصة فلا تكون في هذه الحالة أمام مرفق عام ، أما الاستثناء الأخر فيتعلق بعدول الإدارة عن استعمال وسائل القانون العام واستعمالها قواعد القانون الخاص في

---

[٢] - مارسولون ،بروسبير ، جي بريان – أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – ترجمة : أحمد يسري – منشأة المعارف – الإسكندرية – ص ١٩ .

[٣] - ينظر :

د. محمد فؤاد مهنا – القانون الإداري المصري والمقارن – ج١ – ص ٢٨ وما بعدها .

د. ثروت بدوي – مبادئ القانون الإداري – ١٩٦٨ – ص ٨٠ وما بعدها .

د. عثمان خليل عثمان – في نظرية المرافق العامة – القاهرة – ١٩٥٨ – ص ٢٤٥ .

د. توفيق شحاته – مبادئ القانون الإداري – ص ٢٧٨ وما بعدها .

د. محمد مدني – القانون الإداري الليبي – ١٩٦٤ –١٩٥٠– دار النهضة العربية – ص ٢٤٥ .

د. صبيح بشير مسكوني – مباد القانون الإداري في الجمهورية العربية الليبية – بنغازي – ص ١٢١ .

إدارة نشاط من نشاطاتها وفي هاتين الحالتين تطبق قواعد القانون الخاص، ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنها.

وقد أيد جانب كبير من فقهاء القانون الإداري هذه النظرية كأساس للقانون الإداري الذي أصبح يسمى " قانون المرافق العامة " وأطلق على أنصارها " مدرسة المرافق العامة ".

ومن أبرز فقهاء هذه المدرسة تيسيه *Teissier* ، ديجي *Duguit* ، وبونار *Bonnard* وجيز *Jeze*.

أزمة نظرية المرفق العام

رغم النجاح الكبير الذي حققته هذه النظرية كأساس للقانون الإداري ومبادئه وأحكامه ومعياراً لتحديد اختصاصات القضاء الإداري ، واحتلالها مركز الصدارة بين النظريات الأخرى خلال الربع الأخير من القرن التاسع عشر وبدايات العشرين ، لم تلبث أن تراجعت بفعل تطور الحياة الإدارية ، والتغييرات التي طرأت في القواعد التي قامت عليها فكرة المرافق العامة ، بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه والمبادئ الاشتراكية وزيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي وما رافق ذلك من ظهور المرافق الاقتصادية والاجتماعية والصناعية والمرافق المهنية المختلفة. (٤)

ومن الأسباب الأخرى لتراجع نظرية المرفق العام كما اصطلح على تسميتها ظهور مرافق عامة ذات نفع عام يديرها الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة.

وأدت هذه التطورات مجتمعة إلى صعوبة تحديد مضمون المرفق العام ، مما دعى الفقه والقضاء إلى البحث عن معيار آخر للقانون الإداري ، إلا أنه مع ما أصاب هذه النظرية من نقد بقيت أحكام مجلس الدولة الفرنسي تؤكد دور المرفق العام كأساس للقانون الإداري إلا أن هذا الدور لم يعد كافياً أو حجر زاوية كما كان في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري.

المبحث الثالث

معيار السلطة العامة وأمتيازاتها

إزاء الانتقادات الموجة إلى معيار المرفق العام ، طرح جانب من الفقه معياراً آخر بديل عنه هو معيار السلطة العامة ، ومقتضاه أن فكرة السلطة ، هي الأقدر في تحديد نطاق تطبيق

---

4 – ينظر :

د. سعد العلوش – نظرية المؤسسة العامة وتطبيقاتها في التشريع العراقي – دار النهضة العربية – ١٩١٨ –ص ٢٤ .

د. عبد الغني بسيوني – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٩٠ .

القانون الإداري ونطاق اختصاص القضاء الإداري، ذلك أن العنصر المهم في نظام القانون الإداري المميز له عن القانون الخاص لا يتعلق بالأهداف أو الغايات التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها المتمثلة بالمنفعة العامة كما ذهبت نظرية أو معيار المرفق العام، وإنما يقوم على أساس الوسائل التي تستعملها الإدارة في سبيل تحقيق تلك الأهداف، فإذا كانت هذه الوسائل تتميز بسلطات وامتيازات استثنائية لا نظير لها في علاقات الأفراد، كنا أمام نشاط يحكمه القانون الإداري ويختص بالمنازعات الناشئة عنه القضاء الإداري.[٥]

وقد أسس هذا المعيار العميد موريس هوريو ***Hauriou*** الذي أنشأ مدرسة مناهضة لمدرسة المرفق العام أطلق عليها " مدرسة السلطة العامة "، ومبادئ هذه النظرية متميزة عن نظرية السلطة العامة التقليدية والتي تفرق بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية.

فنظرية السلطة العامة كما ذهب هوريو لا تتعلق بالأوامر والنواهي إنما تشمل كل نشاط إداري تمارسه الإدارة مع استعمالها لوسائل القانون العام غير المألوفة في القانون الخاص.

ومن الجدير بالذكر أن " هوريو " لم ينكر فكرة المرفق العام، إنما جعلها ثانوية بالمقارنة مع دور السلطة العامة كأساس للقانون الإداري ومعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري ، فهو غلب عنصر الوسائل التي تستخدمها الإدارة على عنصر الغاية أو الهدف.[٦]

---

٥ – ينظر :

د. صبيح بشير مسكوني – المصدر السابق – ص ١٢٢ وما بعدها .

د. محمد رفعت عبد الوهاب – المصدر السابق – ص ٩٦ وما بعدها .

٦ – ينظر :

- M. Hauriou – Precis èlementaire de Droit Administratif – 3 eme 1933 – P 201 .

المبحث الرابع

معيار المنفعة العامة

نادى بهذه الفكرة الأستاذ مارسيل فالين **Waline** الذي كان من أشد المدافعين عن معيار المرفق العام ثم تخلى عنه تحت تأثير الأزمة التي مر بها هذا المعيار، واقترح محله فكرة المنفعة العامة.

وتقوم هذه الفكرة على أن أساس القانون الإداري ومعيار اختصاص القضاء الإداري إنما يقوم على تحقيق المنفعة العامة والمصلحة العامة ، فالنشاط الإداري يستهدف تحقيق النفع العام وهو ما يميزه عن النشاط الخاص. [٧]

وقد اعتمد فالين في تأسيس نظريته على حكم مجلس الدولة في قضية بلدية مونسيجور ***Commune de Monsegur*** الصادر في ١٩٢١/٦/١٠ وتتلخص وقائع القضية أنه وقع حادث لصغير حرج في كنيسة مونسيجور بسقوط حوض " ماء مقدس " تسبب فيه بتعلقه واثنين من زملائه به، مما أصابه بعاهة مستديمة تمثلت بقطع ساقه، وقد حصل والد الطفل على حكم من مجلس الإقليم بإلزام البلدية المسئولة عن صيانة الكنيسة بالتعويض، وقد استأنفت البلدية هذا الحكم من ناحية أنه منذ عام ١٩٠٥ لم تعد البلدية مسؤولة عن دور العبادة لانفصال الدين عن الدولة بقانون ١٩٠٥/٩/٩ ولم تعد الكنائس منذ هذا التاريخ مرافق عامة، وبالتالي لا تدخل دعوى التعويض في اختصاص القضاء الإداري.

غير أن مجلس الدولة لم يأخذ بهذا الدفع وأسس قضائه على أنه وأن لم تعد مرافق العبادة مرفقاً عاماً منذ انفصال الدين عن الدولة، فإن ترك الكنائس تحت تصرف المؤمنين والمكلفين بإقامة شعائر العبادة لممارسة ديانتهم إنما يكون تنفيذاً لغرض ذي نفع عام. [٨]

وفكرة المنفعة العامة هذه أكثر اتساعاً من فكرة المرفق العام إلا أنها لم تسلم من النقد الشديد من حيث أن جل عمل الدولة إنما يتعلق بتحقيق المنفعة العامة أو المصلحة العامة.

كما أن تحقيق النفع العام ليس حكراً على الدولة وأجهزتها الإدارية، وإنما قد يساهم الأفراد في تحقيقها وذلك من خلال المؤسسات والمشروعات الخاصة ذات النفع العام وهي مشاريع تخضع لأحكام القانون الخاص ويختص القضاء العادي بالمنازعات الناشئة عنها.

لذلك لم تعش هذه الفكرة طويلاً ولم تصلح أساساً للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري لسعتها وعدم تحديدها وسرعان ما تخلى عنها فالين نفسه واتجه نحو معيار آخر.

---

[٧] – د. محمد أنسى قاسم جعفر – الوسيط في القانون العام – ١٩٩٤ – ص ٤٢ .

[٨] – أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – المصدر السابق – ص ٢٠٦ .

المبحث الخامس

معيار السلطة العامة الحديث

حاول جانب من الفقه إحياء فكرة السلطة العامة وتجديدها لتصلح أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري، ومن هؤلاء الأستاذ جورج فيدل *George Vedel* الذي ذهب إلى أن فكرة السلطة العامة لا تعني فقط استخدام الإدارة لامتيازات وسلطات القانون العام باعتبارها سلطة آمره، وإنما تشمل أيضاً القيود التي تحد من حرية الإدارة وتفرض عليها التزامات أشد من الالتزامات المفروضة على الأفراد في ظل القانون الخاص.[٩]

ومن هذه القيود عدم أمكان تعاقد الإدارة إلا بإتباع إجراءات وشروط معينة لا نظير لها في القانون الخاص، كأتباعها أسلوب المناقصات أو المزايدات عند اختيار المتعاقد معها.

ومن ثم لا يكفي اتصال نشاط الإدارة بمرفق عام حتى تكون بصدد تطبيق القانون الإداري إنما يجب أن تكون لإدارة قد استخدمت في نشاطها امتيازات وسلطات استثنائية لا مثيل لها في القانون الخاص أو التزمت بقيود وحدود غير مألوفة في هذا القانون، وفي الحالتين يختص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عن مباشرة هذا النشاط.

وعلى عكس ذلك يختص القضاء العادي ويطبق القانون الخاص على كل نشاط تؤديه الإدارة مستخدمة أساليب مشابهة لتلك التي يستخدمها الأفراد أو لا تتضمن امتيازات أو شروط استثنائية.

وقد صادف هذا المعيار نجاحاً وقبولاً في الفقه والقضاء الإداريين وانحاز إليه فالين بعد أن تخلى عن معيار المرفق العام وبعده معيار النفع العام.

المبحث السادس

معيار الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة

إزاء الانتقادات الموجهة لكل معيار من المعايير السابقة وعجزها في أن تكون أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري، لم يعد الفقه والقضاء يتمسكان بفكره واحدة ، واتجها نحو الجمع بين فكرتي السلطة العامة والمرفق العام.

وفي هذا المجال حاول الأستاذ *De Laubadere* تجديد معيار المرفق العام بعد ما أصابه من تفكك نتيجة الأزمات التي تعرض لها وذلك عن طريق الجمع بين فكرتي المرفق العام والسلطة العامة، لكنه جعل الأولوية للمرفق العام، ثم يأتي استخدام أساليب القانون العام في المرتبة الثانية لسد الفراغ في المجالات التي عجز معيار المرفق العام عن القيام بدوره فيها.[١٠]

---

[9] – ينظر : د. ثروت بدوي – مبادئ القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٢٤٤ .

[١٠] – د. عبد الغني بسيوني – المصدر السابق – ص ١٠٠ .

بينما ذهب الأستاذ شابي *Chapus* إلى تغليب فكرة السلطة العامة على فكرة المرفق العام فقال أنه يجب أن لا نعتقد أن معيار الشروط المخالفة " السلطة العامة " دائماً معياراً مساعداً، فالمعيار المأخوذ من الموضوع هو دائماً معيار مبدأ، ففي كثير من الأحيان يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المألوف وهذا يكون أسهل أو مناسباً أكثر. (١١)

وعلى هذا الأساس فإن المرفق العام وأن كان عنصراً مهماً في تحديد أساس القانون الإداري إلا أنه لا يكفي لأداء هذا الدور بعد أن أتضح سعة مفهومة وعدم اقتصاره على المرافق الإدارية فظهرت فكرة المعيار المزدوج التي أيدها جانب كبير من الفقه وأخذ بهما القضاء الإداري في فرنسا في أغلب أحكامه. (١٢)

وعلى ذلك فإن أساس القانون الإداري لا يرجع لمعيار واحد من المعايير السابقة ، إنما يجب الجمع بين المعياريين المهمين المرفق العام والسلطة العامة، ومن ثم ليكون العمل إدارياً وخاضعاً للقانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، يجب أولاً: أن يكون عملاً إدارياً أو نشاطاً متعلقاً بمرفق عام " نظرية المرفق العام ".

وثانياً : أن تكون الإدارة في هذا النشاط قد استخدمت امتيازات أو وسائل وسلطات استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص " نظرية السلطة العامة " ـ مع ضرورة التنبيه أن السلطة العامة لا تبرز من خلال الامتيازات الممنوحة للإدارة حسب وإنما تشمل القيود الاستثنائية المفروضة عليها في أحيان أخرى.

---

١١ - *Rene . Chapus – Droit administratif general – Paris Tom I – 1995 – P 502-503 .*

١٢ - يغلب جانب من الفقه المصري نظرية السلطة العامة على نظرية المرفق العام في تحديد تطبيق القانون الإداري ومعيار اختصاص القضاء الإداري ، ومنهم الدكتور محمد كامل ليله الذي يكتب " أن موقفنا بعد الجدل الطويل بشأن المعيار المميز للقانون الإداري والمحدد – بالتالي – لاختصاص القضاء الإداري يتلخص في أن فكرة السلطة العامة هي المعيار الرئيس للتمييز والتحديد ، وأن تلك السلطة منحت للإدارة لتتمكن عن طريق المرافق العامة التي تهيمن عليها من إشباع حاجات الأفراد وتحقيق الصالح العام " – مؤلفه الرقابة على أعمال الإدارة – ١٩٨٣ – ص ٣٦٠ .

المحاضرة الثالثة
التنظيم الإداري

نبحث في هذا المجال من الدراسة موضوع التنظيم الإداري الذي نبين فيه الوسائل التي تؤدي من خلالها الإدارة وظيفتها التنفيذية وتستدعي الدراسة البحث في الأشخاص المعنوية العامة باعتبارها الأداة التي تجمع السلطات الإدارية في إطارها، ومن ثم البحث في الأساليب الرئيسية المتبعة في هذا التنظيم وفقاً لما يسمى بأسلوب المركزية الإدارية وأسلوب اللامركزية الإدارية. وأخيراً نبحث في النظام الإداري في العراق، لذا نقسم هذا الباب إلى فصول ثلاث على الوجه التالي:

الفصل الأول: الأشخاص المعنوية العامة.

الفصل الثاني: أساليب التنظيم الإداري.

الفصل الثالث: التنظيم الإداري في العراق.

الفصل الأول
الأشخاص المعنوية العامة

يتمتع الإنسان منذ ولادته بالشخصية القانونية التي تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمله بالالتزامات لأداء دوره في المجتمع وأداء رسالته، والأصل أن الشخصية القانونية نسبت للإنسان فقط إلا أن عجز الإنسان عن النهوض بكافة متطلبات المجتمع لانتهاء شخصيته بالوفاة وحاجة المجتمع إلى دوام استمرار مرافقه، كان لابد من منح الأهلية القانونية لأشخاص أخرى، فظهرت نظرية الشخصية المعنوية ومقتضاها منح القانون الشخصية القانونية إلى جانب الإنسان الذي بات يطلق عليه الشخص الطبيعي إلى نوعين من التجمعات: مجموعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال تهدف لتحقيق هدف معين ويكون كيان ذاتي مستقل عن الأفراد المكونين لها يسمح بتحقيق هدفها، وأطلق عليها اصطلاح الشخصية المعنوية الاعتبارية.

وعلى ذلك يمكن تعريف الشخص المعنوي بأنه مجموعة من الأموال أو الأشخاص تستهدف تحقيق هدف معين اعترف لها القانون بالشخصية القانونية.

المبحث الأول
أنواع الأشخاص المعنوية

يوجود نوعين رئيسيين من الأشخاص المعنوية هي: الأشخاص المعنية العامة، والأشخاص المعنوية الخاصة، مع ما تتمتع به الأشخاص المعنوية الخاصة من أهمية في نطاق القانون الخاص

فتظهر بشكل الشركات والمؤسسات والجمعيات التي تنشأ بمبادرات الأفراد لتحقيق الربح أحياناً وتحقيق النفع العام أو المصلحة العامة في أحيان أخرى.

والشخصية المعنوية العامة تحتل أهمية أكبر بكثير في نطاق القانون العام الذي لا يعرف غير هذا النوع من الأشخاص المعنوية رغم أن نظرية الشخصية المعنوية نشأت في ظل القانون الخاص. وقد درج الفقه والقضاء على تقسيم الأشخاص المعنوية العامة إلى ثلاث أنواع:

أولاً : الأشخاص المعنوية الإقليمية

وهي الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية التي يتعلق اختصاصها في نطاق جغرافي منعين من الدولة وهي تشمل الدولة والوحدات المحلية الأخرى.

١- الدولة

وهي أهم الأشخاص المعنوية على الإطلاق ولهذا فقد ورد النص عليها في المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي باعتبارها أول الأشخاص المعنوية. حيث ورد (

الأشخاص المعنوية هي:

أ – الدولة

ب- الادارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها.

ج- الالوية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.

د – الطوائف الدينية التي يمنحه االقانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.

هـ – الاوقاف.

و – الشركات التجارية والمدنية الاما استثني منها بنص في القانون.

ز – الجمعيات المؤسسة وفقا للاحكام المقرره في القانون.

ح- كل مجموعة من الاشخاص او الاموال يمنحها القانون شخصية معنوية).

والدولة هي الشخص المعنوي العام الذي تتفرع عنه الأشخاص المعنوية الأخرى وهي التي تمنح الشخصية المعنوية الخاصة للأفراد والهيئات الخاصة وتمارس الرقابة عليها.

والدولة باعتبارها شخص معنوي عام تشمل سلطات الدولة الثلاث: السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، باعتبارها شخص معنوي واحد. إلا أن هذه الوحدة في شخصية الدولة لم تكن أمراً مسلماً به فقد اختلف الفقه في شأنها.

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الاعتراف بالشخصية المعنوية العامة للدولة يقتصر على مجال معين من نشاط الدولة وهو الحقوق المادية والتصرفات التي تندرج في القانون الخاص، أما بالنسبة لتصرفات الدولة التي تحمل طابع السلطة وامتيازاتها فما هي إلا اختصاصات يمارسها ممثلوا الدولة في الحدود التي رسمها القانون تحقيقاً للمصلحة العامة.

ولعل الدافع وراء تبني هذا الرأي الخشية من تعسف الدولة وجورها على الحريات العامة إذا ما اعتبرت تصرفات الدولة حقاً من حقوقها ، بينما ذهب رأي آخر إلى ثنائية شخصية الدولة، فتكون شخصاً معنوياً خاصاً إذا ما تصرفت في مجال الحقوق المالية أو الحقوق الخاصة المشابهة لتصرفات الأفراد وينطبق عليها القانون الخاص وتعتبر شخصاً معنوياً عاماً إذا قامت بعمل يدخل في ضمن نطاق السلطة العامة وهنا تخضع تصرفاتها لأحكام القانون العام.(١)

إلا أن هذه الآراء لم تلبث أن انتهت، وأصبح الرأي السائد فقهاً وقضاءً أن شخصية الدولة وحدة لا تتجزأ وهي تشمل جميع تصرفات الدولة وأعمال الخاصة منها والتي تتسم بطابع السلطة العامة. وهو رأي يتماشى مع المنطق القانوني السليم.

٢- الوحدات المحلية المحافظات.

وترتبط فكرة الأشخاص المعنوية العامة المحلية بالديمقراطية التي تسمح لكل إقليم من أقاليم الدولة أن يدير شؤونه المحلية من خلال ممثليه من سكان الإقليم في المحافظات.

ثانياً : الأشخاص الاعتبارية العامة المرفقية

ويطلق عليها أيضاً ألا مركزية المصلحية أو المرفقية، وتنشأ لتحقيق مصالح عامة للأفراد تحت رقابة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها. وتسمى هذه الأشخاص بالهيئات العامة أو المؤسسات أو الشركات العامة.

وقد لجأ المشرع إلى إنشاء هذه الأشخاص لتباشر أدارة المرافق العامة التي تتطلب نوعاً من الاستقلال الفني عن الحكومة المركزية ضمان فاعلية وكفاءة الإدارة. وتختلف هذه الأشخاص عن الأشخاص الاعتبارية الإقليمية في أنها مقيدة بالهدف الذي أنشأت من أجله، في حين تكون الأخيرة مقيدة بالحدود الجغرافية للإقليم الذي تمثله.

وحيث أن الأشخاص الاعتبارية المرفقية تهدف إلى تحقيق أغراض متنوعة منها ما هو إداري أو اجتماعي أو اقتصادي، فإن هذا الاختلاف يقود إلى اختلاف أنظمتها القانونية حسب النشاط الذي تتولاه، أما الأشخاص الإقليمية فالقاعدة العامة أنها تتمتع بذات التنظيم القانوني.

كذلك تفترق الأشخاص الاعتبارية المرفقية عن الأشخاص الاعتبارية الإقليمية في أن الأخيرة تقوم على فكرة الديمقراطية التي تؤكد حق سكان الوحدات المحلية بإدارة شؤونهم المحلية

1- للمزيد ينظر:

د- محمد أنس قاسم جعفر - المصدر السابق - ٥٦ .

د- صبيح بشير مسكوني - المصدر السابق - ص ١٤٧ .

د- محمد مختار عثمان - المصدر السابق - ص ٢٢٦ .

د- محمد رفعت عبدالوهاب - المصدر السابق - ص ١١٠ .

٢- د- محمد عبدالله الحراري - المصدر السابق - ص ٧٣ .

بأنفسهم، بينما تقوم فكرة الشخصية الاعتبارية المرفقية على ضرورة ضمان الكفاءة الإدارية وحسن إدارة المرافق العامة ذات الطابع الفني ولا علاقة للديمقراطية في ذلك. كما هو الحال في الجامعات والهيئة العامة للمياه والهيئة العامة للإذاعة.

ثالثاً : الأشخاص المعنوية المهنية

بسبب التطور المستمر في مناحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية في مختلف الدول وتأثير هذا التطور على القانون الإداري وأحكامه ظهرت فكرة جديدة لأشخاص معنوية أخرى تتمثل في المنظمات والاتحادات ذات الطابع المهني، تتولى إدارة مرافق عامة ينشأها المشرع لتحقيق مصالح عامة، ومن ذلك الاتحاد العام للطلبة واتحاد الأدباء والكتاب والمؤتمر المهني للمعلمين. وتتمتع هذه الأشخاص بالاستقلال ولها إصدار اللوائح الخاصة بتأديب أعضائها وممارسة المهنة التي تشرف عليها.

المبحث الثاني

النتائج المترتبة على منح الشخصية المعنوية

اذا اعترف بالشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعي، وذلك في الحدود التي قررها القانون.

فيكون لها:

١- الذمة المالية المستقلة :

يتمتع الشخص المعنوي العام، بذمة مالية مستقلة عن ميزانية الدولة ولها الحق في الاحتفاظ بالفائض من إيراداتها، كما أنها تتحمل نفقاتها، والذمة المالية للشخص المعنوي مستقلة عن الذمة المالية للأشخاص المكونين له.

٢- الأهلية القانونية:

يتمتع الشخص المعنوي العام بأهلية قانونية في الحدود التي رسمها القانون تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، غير أن هذه الأهلية أضيق نطاقاً من أهلية الشخص الطبيعي فهي مقيدة بممارسة التصرفات القانونية التي تدخل في ميدان نشاطه وتخصصه، ومقيدة كذلك بحدود الهدف الذي يسعى الشخص الاعتباري العام لتحقيقه. وهذه الشخصية القانونية مستقلة عن شخصية الأعضاء المكونين بالشخص الاعتباري العام ويباشرها عنه من يمثلونه من أشخاص طبيعيتين.

٣- حق التقاضي :

للشخص المعنوي العام أهلية التقاضي، فله مقاضاة الغير، كما يكون من حق الغير أن يقاضيه، كما يجوز أن تقاضي الأشخاص المعنوية بعضها ببعض، ويباشر هذا الحق عن الشخص المعنوي العام أشخاص طبيعيين يمثلونه أو ينوبون عنه ويعبرون عن إرادته في التقاضي

٤- موطن مستقل :

للشخص الاعتباري موطن خاص به يختلف عن موطن الأشخاص المكونين له، وهو عادة المقر أو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، فقد بينت المادة ٤٨/٦ من القانون المدني العراقي أن " يعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته.. ". وللموطن أهمية خاصة بالنسبة للشخص الاعتباري فيجب إعلان الأوراق الرسمية والقضائية إليه فيه و يتم تحديد المحكمة المختصة بالنظر بالدعاوي التي ترفع ضده.

٥- تمارس الأشخاص المعنوية العامة جانباً من سلطة الدولة باعتبارها من أشخاص القانون العام فتتمتع بامتيازات السلطة التي يقررها القانون للجهات الإدارية فتعتبر قراراتها إدارية، ويجوز تنفيذها جبراً دون الالتجاء إلى القضاء، كذلك تملك حق نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستيلاء المباشر كما يجوز لها إبرام العقود الإدارية، وحيث توجد هذه السلطة توجد مسؤولية الشخص المعنوي عن أفعاله الضارة التي قد يتسبب بها موظفيه.

٦- المال الذي تملكه الأشخاص المعنوية العامة يعتبر مالاً عاماً إذا كان مخصصاً للمنفعة العامة، وبذلك فهو يحظى بالحماية المقررة للمال العام، ومع ذلك يمكن أن تملك الأشخاص المعنوية العامة أموالاً أخرى خاصة تعد جزءاً من الدومين الخاص ولا تعتبر أموالاً عامة وتخضع لأحكام القانون الخاص.

٧- موظفو الأشخاص المعنوية العامة يعدون موظفين عامين ويرتبطون بعلاقة تنظيمية مع الشخص المعنوي إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ولا يمنع ذلك من أن يكون لبعض الأشخاص المعنوية نظام خاص لموظفيها ولوائح خاصة بتأديبهم.

٨- لا يترتب على منح الشخصية المعنوية العامة الاستقلال التام عن الدولة إذ تخضع هذه الأشخاص لنظام "الوصاية الإدارية" التي تمارسها السلطة المركزية في الدولة لضمان احترام هذه الأشخاص للقانون والسياسة العامة للدولة وعدم تجاوز الغرض الذي من أجله أ نشأت هذه المرافق.

٩- القضاء الإداري يكون هو المختص في نظر المنازعات الناشئة عن ممارسة نشاطه نتيجة لتمتع الشخص المعنوي العام بامتيازات السلطة العامة وبالتالي اعتباره شخصاً من أشخاص القانون العام، ويخضع كذلك للقيود التي يفرضها القانون الإدراي من ضرورة إتباع إجراءات خاصة في التعاقد أو الطعون في القرارات الصادرة منه وغير ذلك من أمور تفرضها الطبيعة الخاصة بنظام القانون العام.

نهاية الشخص المعنوي العام

الدولة باعتبارها أهم الأشخاص المعنوية العامة تنقضي شخصيتها بزوال أو فقد ركن من أركانها التي تقوم عليها كما لو تفتت إلى عدة دول أو اندمجت بدولة أخرى أو فقدانها لإقليمها أو انعدام السلطة السياسية بسبب الفوضى.

أما الأشخاص المعنوية الإقليمية فتنتهي بذات الأداة التي نشأت بها، كما لو صدر قانون يعيد تقسيم الوحدات المحلية فيلغي بعض الأشخاص المعنوية الإقليمية ويستحدث غيرها أو يدمجها في بعضها.

أما إذا صدر قانون بحل مجلس إدارة الشخص المعنوي فيظل الشخص المعنوي قائماً حتى يتم اختيار الشخص الجديد.

وتنقضي الشخصية المعنوية المرفقية والمهنية بإلغائها أو حلها بذات طريقة إنشائها أو باندماجها بشخص معنوي مرفقي آخر..

وعند نهاية الشخص المعنوي العام أيا كانت صورته تنتقل أمواله إلى الجهة التي حددها القانون أو القرار الصادر بإلغائه أو حله، وإلا فإن هذه الأموال تنتقل إلى الجهة التي يتبعها هذا الشخص.

الفصل الثاني

أساليب التنظيم الإداري

تنتهج الدول المختلفة أسلوبين في تنظيمها الإداري هما: المركزية الإدارية واللامركزية الإدارية. يتجه الأسلوب الأول والأقدم في الظهور نحو حصر الوظيفة الإدارية في أيدي السلطة التنفيذية وحدها في العاصمة دون وجود سلطات إدارية أخرى مستقلة عنها. بينما يتجه أسلوب اللامركزية الإدارية نحو توزيع الوظيفة الإدارية ومشاركة هيئات وسلطات لامركزية.

وفيما يلي سنتناول بالدراسة المركزية الإدارية ثم اللامركزية الإدارية وذلك في مبحثين.

المبحث الأول

المركزية الإدارية

المركزية الإدارية هي أول النظم التي اتبعتها الدول في الحكم والإدارة، وتقوم المركزية على أساس التوحيد وعدم التجزئة، وفي المجال الإداري يقصد بها توحيد النشاط الإداري وتجميعه في يد السلطة التنفيذية في العاصمة. (٢)

وتقوم السلطة التنفيذية في هذا النظام بالسيطرة على جميع الوظائف الإدارية من توجيه وتخطيط ورقابة وتنسيق، وفي النظام المركزي تلتزم السلطة الدنيا بالقرارات التي تصدر عن

2- د. طعيمة الجرف – القانون الإداري – القاهرة الحديثة – ١٩٧٣ – ص ١٧٨ .

السلطة العليا ويساعد على هذه الخاصة الترتيب الذي يسود السلطة التنفيذية وتقسيم الموظفين رؤساء ومرؤوسين إلى درجات يعلو بعضها بعضاً في سلم إداري منتظم، يخضع كل مرؤوس فيه لرئيسه خضوعاً تاماً وينفذ أوامره ويعمل تحت إشرافه وتوجيهاته

ولا تعني المركزية أن تقوم السلطة التنفيذية في العاصمة بجميع الأعمال في أنحاء الدولة، بل تقتضي وجود فروع لهذه السلطة غير أن هذه الفروع لا تتمتع بأي قدر من الاستقلال في مباشرة وظيفتها وتكون تابعة للسلطة المركزية في العاصمة ومرتبطة بها.

المطلب الأول :أركان المركزية الإدارية

تقوم المركزية الإدارية على ثلاثة عناصر هي: تركيز الوظيفة الإدارية في يد الحكومة والتدرج الهرمي والسلطة الرئاسية.

أولاً: تركيز الوظيفة الإدارية في يد الحكومة المركزية

تتركز في هذا النظام سلطة مباشرة الوظيفة الإدارية في يد السلطة التنفيذية بالعاصمة، وتعاونها في ذلك الهيئات التابعة لها في الأقاليم الأخرى تحت إشراف ورقابة السلطة المركزية، ولا توجد في هذا النظام أشخاص معنوية عامة محلية أو مرفقية مستقلة عن السلطة المركزية.

ومن ثم لا توجد مجالس محلية منتخبة أو هيئات عامة يمكن أن تدير المرافق العامة، وتتركز سلطة اتخاذ القرارات وأداء المرافق العامة في يد الوزراء وممثليهم التابعين لهم والمعنيين منهم تحت رقابتهم وإشرافهم.

ثانياً : التدرج الهرمي

يقوم النظام المركزي على أساس التدرج الهرمي في الجهاز الإداري ومقتضاه أن يخضع موظفي الحكومة المركزية بشكل متدرج ومتصاعد، تكون الدرجات الدنيا تابعة للأعلى منها تحت قمة الجهاز الإداري وهو الوزير.

وللسلطات العليا حق إصدار الأوامر والتعليمات للجهات الدنيا ويخضع كل مرؤوس خضوعاً تاماً، ويتجه مجال الطاعة في داخل النظام المركزي إلى درجة كبيرة فالرئيس يباشر رقابة سابقة ولاحقة على أعمال المرؤوس كما أن للرئيس صلاحية تعديل القرارات الصادرة من مرؤوسيه وإلغائها بالشكل الذي يراه مناسباً.

وهذه الدرجات تكون ما يسمى بنظام التسلسل الإداري الذي يبين التمايز بين طبقتي الرؤساء والمرؤوسين ويبرز علاقة التبعية والسلطة الرئاسية.

ثالثاً : السلطة الرئاسية

السلطة الرئيسية ***le pouvior herachique*** ضمانه معترف بها للرؤساء الإداريين ينضمها القانون فيوفر وحدة العمل وفعاليته واستمراريته. [٣] وتعتبر السلطة الرئاسية الوجه

---

3 –planty (A) – traite pratique de la fonction puplique libairie general de droit et de jurisprudence 1971 p . 494 .

المقابل للتبعية الإدارية وهي تتقرر بدون نص وبشكل طبيعي غير أنها من جانب آخر ترتب مسؤولية الرئيس عن أعماله مرؤوسية وبالتالي عدم إمكانية تهربه من هذه المسؤولية.(٤)

والسلطة الرئاسية من أهم ركائز النظام المركزي، إلا أنها سلطة ليست مطلقة وليست على درجة واحدة من القوة فهي تتأثر بصاحب السلطة ومركزه في السلم الإداري وبنوع الوظيفة التي يمارسها.

والسلطة الرئاسية تتحلل إلى مجموعة من الاختصاصات بعضها يتعلق بشخص المرؤوس والآخر منها يتعلق بأعماله:

أ- سلطة الرئيس على شخص مرؤوسيه

تتضمن سلطة الرئيس على أشخاص مرؤوسه الكثير من الاختصاصات منها ما يتعلق بالحق في التعيين والاختيار، وحق الرئيس في تخصيص مرؤوسيه لأعمال معينة. كما تتضمن سلطة نقل الموظف وترقيته وإيقاع العقوبات التأديبية عليه والتي قد تصل إلى حد عزله أو حرمانه من حقوقه الوظيفية، في حدود ما يسمح به القانون.

ب- سلطة الرئيس على أعمال مرؤوسيه

تشمل هذه السلطة في حق الرئيس في توجيه مرؤوسيه عن طريق أصدار الأوامر والتوجيهات إليهم قبل ممارسة أعمالهم وسلطة مراقبة تنفيذهم لهذه الأعمال والتعقيب عليها وتشمل هذه السلطات.

١- سلطة الأمر

يملك الرئيس إصدار الأوامر والتعليمات، ويعتبر اختصاصه هذا من أهم مميزات السلطة الرئاسية، ذلك أن إصدار الأوامر عمل قيادي له أهمية كبرى في سير الأعمال الإدارية، وعلى وجه العموم نجد أن السلطة الرئاسية تتصف أساساً بأنها سلطة آمره لكونها تقوم على إصدار أوامر ملزمة للمرؤوسين.(٥)

٢- سلطة الرقابة والتعقيب

سلطة الرئيس في الرقابة على أعمال مرؤوسية تتمثل بحقه في إجازة أعمالهم أو تعديله قراراتهم أو إلغائها وسحبها كما يملك أيضاً الحلول محلهم إذا اقتضى العمل ذلك. وتمتد رقابة الرئيس على أعمال مرؤوسية لتشمل ملائمة هذا العمل أو التصرف ومقتضيات حين سير المرفق العام. (٦)

4- د. فوزي حبيش - الوظيفة العامة وإدارة شؤون الموظفين - لبنان ١٩٨٦ - ص ١٠٤ .

5 – *waline (m) – trait de droit administratif 9e ed sirey. 1963 p. 290*

6- د. عبدالله طلبه - مبادئ القانون الإداري - ج منشورات جامعة حلب - ١٩٨٧ - ص ١١٤ .

د. عبدالغني بسيوني - التعويض في السلطة الإدارية - الدار الجامعية - ١٩٨٦ - ص ١٥ .

ووسيلة الرئيس في رقابته على مرؤوسيه تتمثل بالتقارير التي يقدمها الموظفين عن أعمالهم بصورة دورية أو بوساطة التقارير التي يضعها المفتشون ويطلعون السلطة الرئاسية عليها، قد يمارسها الرئيس عن طريق الشكاوي التي يقدمها إليه الأفراد الذين أصابهم الضرر نتيجة تصرفات مرؤوسيه ٧.

المطلب الثاني: صور المركزية الإدارية

تتخذ المركزية الإدارية صورتان: التركيز الإداري وعدم التركيز الإداري

أولاً: التركيز الإداري **la concentration**

وهي الصورة البدائية للمركزية الإدارية، ويطلق عليها أيضاً المركزية المتطرفة أو الوزارية، لإبراز دور الوزارة في هذا النظام.(٨)

ومعنى التركيز الإداري أن تتركز سلطة اتخاذ القرارات في كل الشؤون الإدارية بيد الوزراء في العاصمة، بحيث لا يكون لأية سلطة أخرى تقرير أي أمر من الأمور، إنما يتعين على كافة الموظفين في الأقاليم الرجوع إلى الوزير المختص لإصدار القرار.

وينحصر دور الموظفين في الجهاز الإداري في تقديم المقترحات والآراء في المسائل المطروحة عليهم وانتظار ما يقرره الوزير المختص بشأنها، وتنفيذ هذه القرارات.

ولا شك أن هذه الصورة من التركيز الشديد تضر بمصالح الأفراد وتعرقل عمل الإدارة فمن غير المتصور أن تتخذ جهة إدارية واحدة كافة القرارات في كل أنحاء الدولة وتكون هذه القرارات ملائمة ومناسبة لظروف العمل الإداري وتوفر حلاً لمشاكل الأفراد.

لذلك هجرت أغلب الدول هذه الصورةمن المركزية الإدارية إلى الصور المعتدلة للمركزية الإدارية وهي عدم التركيز الإداري.

ثانياً : عدم التركيز الإداري **la deconcentration**

يطلق على هذه الصورة من المركزية الإدارية ألا وزارية أو المركزية المعتدلة. (٩)

ومقتضاها تخفيف العبء عن الحكومة المركزية بتخويل بعض الموظفين في الأقاليم المختلفة سلطة البت في بعض الأمور ذات الطابع المحلي دون الحاجة للرجوع للوزير المختص في العاصمة.

إلا أن هذه الصورة من المركزية لا تعني استقلال هؤلاء الموظفين عن الوزير، فهم يبقون خاضعين لسلطته الرئاسية وله أن يصدر إليهم القرارات الملزمة وله أن يعدل قراراتهم أو يلغيها، وكل ما في الأمر أن عدم التركيز الإداري يخفف من العبء على الوزارات والإدارات المركزية وأن

7- د. حسين محمد عواضة – السلطة الرئاسية – بيروت – ١٩٧٥ – ص ١٢٧ .

8- د. صبيح بشير مسكوني – المصدر السابق – ص ١٦٢ .

9- د. عثمان خليل – القانون الإداري – ١٩٦٠ – ص ٢٣ .

بعض القرارات الإدارية أصبحت تتخذ من ممثلي الوزراء في الأقاليم بدلا من أن تتخذ من الــوزراء أنفسهم.

ومن ثم يختلف عدم التركيز الإداري عن اللامركزية الإدارية إذ تتعدد السلطات الإدارية في اللامركزية الإدارية نظراً لتعدد الأشخاص المعنوية، وتختص كل سلطة بجانب من الوظيفة الإدارية في الدولة، حيث يتم توزيع الاختصاصات على هذا الأساس.(١٠)

وعلى أي حال فإن هذه الصورة من المركزية أفضل من التركيــز الإداري وهــي مرحلــة انتقال صوب نظام اللامركزية الإدارية، وهي الصورة الباقية في إطار نظام المركزية الإدارية ١١.

ولعل من أبرز وسائل تحقيق عدم التركيــز الإداري نظــام تفــويض الاختــصاص، الــذي سنتناوله في هذا الجزء من الدراسة.

المطلب الثالث: التفويض

تستلزم ضرورات العمل الإداري وحسن سير المرافق العامة أن يفوض بعــض المــوظفين المختصين بعض أعمالهم إلى موظفين آخرين غالباً ما يكونون مرؤوسين بالنسبة لهــم. ويقــصد بالتفويض أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جزء من اختصاصاته إلى أحد مرؤوسيه. بــشرط أن يسمح القانون بإجراء هذا التفويض وأن تكون ممارسة الاختــصاص المفــوض تحــت رقابــة الرئيس الإداري صاحب الاختصاص الأصيل.

وللتفويض مزايا عدة فهو من جانب يخفف العبء عــن الــرئيس صــاحب الاختــصاص الأصيل، فهو يقوم بنقل جزء من اختصاصه في مسألة معينة إلى أحد مرؤوسيه أو جهة أو هيئــة ما.

ويؤدي من جانب آخر إلى تحقيق السرعة والمرونة في أداء الأعمال ممــا يــسهل علــى الأفراد قضاء مصالحهم ويدرب المرؤوسين على القيام بأعمال الرؤساء، فينمي فيهم الثقة والقــدرة على القيادة. (١٢)

أولا: شروط التفويض

للتفويض شروط عامة استقر على إيرادها الفقه وأحكام القضاء، يجب مراعاتها حتــى يكــون التفويض صحيحاً هي:

١- التفويض لا يكون إلا بنص: يلزم حتى يكــون التفــويض صــحيحاً أن يــسمح القــانون بالتفويض، فإذا منح القانون الاختصاص إلى جهة معينة ليس لهذه الجهة التنازل عن هذا الاختصاص أو تفويضه إلى سلطة أخرى إلا إذا أجاز القانون ذلــك ومــن الــضروري أن

10- د. عبدالغني بسيوني – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ١٨٣ .

11- محمد مختار عثمان – المصدر السابق – ص ٢٣٥ .

12- د. محمد رفعت عبدالوهاب – المصدر السابق – ص ١٥٢ .

يصدر قرار صريح من الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل عن رغبتها في استخدام التفويض الذي منحه لها القانون.

٢- التفويض يجب أن يكون جزئياً: فلا يجوز أن يفوض الرئيس الإداري جميع اختصاصاته لأن هذا يعد تنازلاً من الرئيس عن مزاولة جميع أعماله التي أسندها إليه القانون.

٣- يبقى الرئيس المفوض مسؤولاً عن الأعمال التي فوضها بالإضافة إلى مسؤولية المفوض إليه، تطبيقاً لمبدأ أن التفويض في السلطة ولا تفويض في المسؤولية.

والمرؤوس المفوض إليه لا يسأل عن تصرفاته بشأن السلطات المفوضة إليه إلا أمام رئيسه المباشر الذي قام بالتفويض(١٣) ولا تنصرف المسؤولية إلى أعلى منه وفقاً لمبدأ وحدة الرئاسة والأمر.

٤- لا يجوز للمفوض إليه أن يفوض غيره، فالتفويض لا يتم إلا لمرة واحدة، ومخالفة هذه القاعدة تجعل القرار الإداري الصادر من المفوض إليه الثاني معيباً بعدم الاختصاص.

٥- التفويض مؤقت وقابل للرجوع فيه من جانب الرئيس لأن الأصل هو عدم التفويض والاستثناء هو التفويض الذي لا يستطيع الرئيس دائماً إلغاءه بقرار ويسترد اختصاصه.

وتثار بشأن التفويض مشكلة سلطة الجهة المفوضة "بكسرلواو " على اختصاصات المفوض إليه " المرؤوس " فهل للسلطة صاحبة الاختصاص الأصلي أن تلغي قرارات السلطة المفوض إليها.

ذهب جانب من الفقهاء إلى عدم السماح بتوجيه تعليمات إلى المرؤوسين تتعلق بالاختصاص المفوض إليهم على أساس أن الموظف الذي قام بالتفويض لا يعتبر رئيسياً إدارياً بالنسبة للقرارات الصادرة طبقاً للتفويض على أساس أن المرؤوس يعتبر كأنه الرئيس نفسه وعندئذ فإن قراراته واجبة الاحترام. (١٤)

بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى أن الأصيل يبقى له الحق في التعقيب على القرارات الصادرة عن المفوض إليه إذا كان الأخير مرؤوساً له، لأن التفويض لا يقطع العلاقة الرئاسية بين الرئيس والمرؤوس ولا يحول دون ممارسة الرئيس لاختصاصه في التوجيه والرقابة السابقة واللاحقة على أعمال مرؤوس.

ومن الملاحظ أن تفويض الاختصاص لا يعدو أن يكون تخفيفاً عن كاهل الرؤساء ومساعدتهم في تسيير أعمالهم وهذا الغرض لا يجعل المرؤوس ممارساً لاختصاص مانع للتعقيب والرقابة، ونري أنه لا مانع من قيام الرئيس المفوض بمراجعة قرارات مرؤوسيه وتوجيههم من خلال إصدار الأوامر والتعليمات التي تتعلق بالاختصاص المفوض ليطمئن إلى سلامة العمل من

13- د. عبدالغني بسيوني – التفويض في السلطة الإدارية – الدار الجامعية – ١٩٨٦ – ص ٤٦ .

١ – د. مصطفى أبوزيد فهمي – القضاء الإداري ومجالس الدولة – الطبعة الثالثة ١٩٦٦ – ص ٤٠٩ .

الناحية القانونية، خاصة وإن مسؤولية الرئيس المفوض تبقى قائمة عما قام بتفويضه من اختصاص، لأن لا تفويض في المسؤولية كما بينا سابقاً.

ثانيا:أنواع التفويض

التفويض على نوعين " تفويض اختصاص و تفويض توقيع "

١- تفويض الاختصاص: هذا النوع من التفويض ينقل السلطة بأكملها إلى المفوض إليه، وهذا يمنع الأصيل المفوض من ممارسة الاختصاص الذي تم تفويضه أثناء سريان التفويض.

وفي هذه الصورة من التفويض تكون قرارات المفوض إليه في نطاق التفويض منسوبه إلى المفوض إليه وتأخذ مرتبة درجته الوظيفية، ويوجه تفويض الاختصاص إلى المفوض إليه بصفتة لا بشخصية فلا ينتهي التفويض بشغل موظف آخر لوظيفة المفوض إليه

٢-تفويض التوقيع: وهو تفويض شخصي يأخذ بعين الاعتبار شخصية المفوض إليه، فهو ينطوي على ثقة الرئيس به ومن ثم فهو ينتهي بتغير المفوض أو المفوض إليه، كما أن هذا التفويض يسمح للمفوض إليه بممارسة الاختصاصات المفوضة "بكسر الواو " باسم السلطة ولا يمنع ذلك من ممارسة الرئيس المفوض ذات الاختصاص رغم التفويض كما أن القرارات الصادرة في نطاق التفويض تأخذ مرتبة قرارات السلطة المفوضة.

ثالثا: التفويض والحلول:

وقد يحصل بعض الخلط بين التفويض والحلول لأن الاثنين يساهمان في تسهيل سير العمل الإداري وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد كما أن كل منهما يعني ممارسة أحد الموظفين لاختصاصات موظف آخر

ويقصد بالحلول أن يصبح صاحب الاختصاص الأصيل عاجزاً لسبب من الأسباب عن ممارسة اختصاصه كأن يصاب بعجز دائم أو بمرض أو غيره، فيحل محله في مباشرة كافة اختصاصاته موظف آخر حدده القانون سلفاً.

ومن الجدير بالذكر أن هناك الكثير من أوجه الاختلاف بين الحلول والتفويض فالحلول يكون في حالة غياب صاحب الاختصاص الأصيل أياً كان سبب الغياب اختيارياً كما في حالة الإجازة أو إجبارياً كما في حال المرض فيحل محل الموظف في ممارسة هذه الاختصاصات من حدده المشرع. أما في حالة التفويض فإن الرئيس المفوض يكون حاضراً وليس غائباً.

كما أن التفويض يتحقق بقرار يصدر من الرئيس المفوض إلى المفوض إليه في حين لابد للحلول أن يقترن بنص وأن تكون أسبابه صحيحة ويصبح الحلول مستحيلاً إذا لم ينظمه المشرع.[١٥]

15- د. سليمان محمد الطماوي- النظرية العامة للقرارات الإدارية - دار الفكر العربي - القاهرة١٩٨٤ - ص ٣٢٥ .

وفي تفويض الاختصاص يأخذ القرار الصادر درجة المفوض إليه، أما في الحلــول فتكــون القرارات الصادرة في مرتبة قرارات الأصيل الغائب.

وفي التفويض يكون الرئيس المفوض مسؤولاً عن أخطاء المفوض إليه لأن الرئيس يمارس الرقابة الرئاسية على المفوض إليه بينما لا يكون الأصيل الغائب مسؤولاً عن أخطاء من حل محله لأنه لا يملك أي سلطة رئاسية بالنسبة لتصرفات الأخير ولأن مصدر سلطته القانون وليس الأصــيل وحيث توجد السلطة توجد المسؤولية.

المطلب الرابع: تقييم المركزية الإدارية

درج بعض الفقهاء على إبراز مزايا النظام المركزي بينما ذهب البعض نحو إبراز عيوبــه، ونعرض فيما يلي أهم تلك المزايا والعيوب.

أولاً : مزايا المركزية الإدارية

١- النظام المركزي يقوي سلطة الدولة ويساعدها في تثبيت نفوذها في كافة أنحاء الدولة، ولا شك أن هذا النظام له ما يبرره في الدول الناشئة حديثاً، والتي تحتــاج لتقويــة وتــدعيم وحدتها. (١٦)

٢- المركزية أسلوب ضروري لإدارة المرافق العامة القومية التي لا يتعلق نشاطها بفئة معينة أو إقليم معين كمرفق الأمن أو الدفاع أو المواصلات.

٣- المركزية تؤدي إلى توحيد النظم والإجراءات المتبعة في كافة أنحاء الدولة كونها تتأتى من مصدر واحد، مما يمكن الموظفين من الإلمام بكافة الأوامر والتعليمــات اللازمــة لتنفيــذ الوظيفة الإدارية.

٤- يؤدي هذا الأسلوب إلى التقليل من النفقات والحد في الإسراف لعدم الحاجة إلى المجــالس والهيئات اللامركزية وخبرة موظفي السلطة المركزية وقلة عددهم.

٥- تحقيق العدل والمساواة في المجتمع لإشراف الحكومة المركزية علــى المرافــق العامــة ونظرتها الشمولية البعيدة عن المصالح المحلية.

ثانيا : عيوب المركزية الإدارية :-

١- يؤدي هذا النظام إلى إشغال الإدارة المركزية أو الوزراء بمسائل قليلة الأهمية على حساب المهام الأكثر أهمية في رسم السياسة العامة لوزاراتهم.

٢- المركزية الإدارية لا تتماشى مع المبادئ الديمقراطية القائلة بضرورة أن تــدار الوحــدات المحلية من خلال سكان هذه الوحدات عن طريق مجالس منتخبة من بينهم.

16- د. سليمان محمد الطماوي – الأخير في القانون الأداري – المصدر السابق – ص ٦٧ .

٣- المركزية الإدارية وبسبب تركز السلطة بيد الوزراء وفئة قليلة من الرؤساء والإداريين في العاصمة تؤدي إلى قتل روح المثابرة والإبداع لدى الموظفين الآخرين لأن دورهم ينحصر بتنفيذ الأوامر والتعليمات الصادرة من السلطة المركزية، وعدم مشاركتهم فيها.

٤- المركزية تؤدي إلى زيادة الروتين والبطء في اتخاذ القرارات الإدارية المناسبة وفي الوقت المناسب، لاستئثار السلطة المركزية بسلطة اتخاذ كافة القرارات في الدولة وبعد مصدر القرار في أكثر الأوقات عن الأماكن المراد تطبيق القرار فيها، وغالباً ما تأتي هذه القرارات غير متلائمة مع طبيعة المشكلات المراد حلها.

المبحث الثاني

اللامركزية الإدارية

العاصمة وبين أشخاص الإدارة المحلية في الأقاليم، وتتمتع هذه الأشخاص بالشخصية المعنوية المستقلة، مع خضوعها لرقابة الحكومة المركزية (١٧).

ففي هذا النظام تتمتع السلطة المحلية بقدر من الاستقلال في ممارسة اختصاصاتها فتحتفظ الإدارة المركزية بإدارة بعض المرافق العامة القومية وتمنح الأشخاص المعنوية المحلية سلطة إنشاء وإدارة بعض المرافق العامة ذات الطابع المحلي.

وعلى ذلك تظهر في هذا النظام إلى جانب الدولة أو الإدارة المركزية أشخاص معنوية محلية أو مرفقية يطلق عليها بالإدارة اللامركزية أو السلطات الإدارية اللامركزية يقوم هذا النظام على أساس توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومية المركزية في.

17- ينظر :

د. عثمان خليل – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ١٩٦٠ .

د. ثروت بدوي – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣٥٧ .

د. محمد عبدالله الحراري – أصول القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٩٧ .

د. محمد رفعت عبدالوهاب – مبادئ القانون الإداري – المصدر السابق – ص ١٦٠ .

المطلب الأول: صور اللامركزية الإدارية

هناك صورتان أساسيتان للامركزية الإدارية "اللامركزية المحلية أو الإقليمية، واللامركزية المصلحية أو المرفقية ".

أولاً : اللامركزية الإقليمية أو المحلية:

ومعناها أن تمنح السلطات المركزية إلى جزء من إقليم الدولة جانب من اختصاصاتها في إدارة المرافق والمصالح المحلية مع تمتعها بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري.

وتستند هذه الصورة إلى فكرة الديمقراطية التي تقتضي إعطاء سكان الوحدات المحلية الحق في مباشرة شؤونهم ومرافقهم بأنفسهم عن طريق مجالس منتخبة منهم.

وتقوم اللامركزية الإقليمية أو المحلية على ثلاث عناصر:

١- مصالح محلية أو إقليمية متميزة:

يتم منح الشخصية المعنوية للوحدات المحلية لاعتبارات إقليمية أو محلية، يجد المشرع أن من الأفضل أن تباشرها هيئات محلية معينة وإسناد إدارتها إلى سكان هذه الوحدات أنفسهم. ولاشك أن سكان هذه الوحدات أدرى من غيرهم بواجباتهم وأقدر على إدارة هذه المرافق وحل مشكلاتها، كما أن هذا الأسلوب يمنح الإدارة المركزية فرصة التفرغ لإدارة المرافق القومية. ويتم تحديد اختصاصات الهيئات المحلية بقانون ولا يتم الانتقاص منها إلا بقانون آخر، وهي تشمل مرافق متنوعة وتتضمن كافة الخدمات التي تقدم لمكان الوحدات المحلية كمرفق الصحة والتعليم والكهرباء والماء وغيرها.

٢- أن يتولى سكان الوحدات المحلية إدارة هذه المرافق:

يجب أن يتولى سكان الوحدات المحلية إدارة هذا النوع من المرافق بأنفسهم وان يتم ذلك باختيار السلطات المحلية من هؤلاء السكان وليس عن طريق الحكومة أو الإدارة المركزية... ويذهب أغلب الفقهاء إلى ضرورة أن يتم اختيار أعضاء المجالس المحلية عن طريق الانتخابات تأكيداً لمبدأ لديمقراطية وإن كان هذا هو الأصل فإنه ليس هناك مانع من مشاركة أعضاء معينين ضمن هذه المجالس لتوفير عناصر ذات خبرة وكفاءة شرط أن تبقى الأغلبية للعناصر المنتخبة،خاصة وإن الانتخاب يتطلب قدر كبير من الوعي والثقافة مما لا يتوفر غالباً في سكان الوحدات المحلية.

٣- استقلال الوحدات المحلية:

إذا كان من الضروري في هذه الأيام أن يكون اختيار أعضاء المجال المحلية عن طريق سكان هذه الوحدات فإن الأكثر أهمية أن تستقل الهيئات اللامركزية في مباشرة عملها عن السلطة المركزية، فالمرافق اللامركزية لا تخضع لسلطة رئاسة أعلى.إلا أن ذلك لا يعني الاستقلال التام للهيئات المحلية عن السلطات المركزية، فالأمر لا يعدو أن يكون الاختلاف

حول مدى الرقابة التي تمارسها السلطات المركزية علـى الهيئـات المحليـة فـي الـنظم اللامركزية إذ لابد من تمتع هذه الهيئات باستقلال كافٍ في أدائها لنشاطها.

وقد أطلق الفقهاء على الرقابة التي تمارسها السلطة المركزية على الهيئـات اللامركزيـة الوصاية الإدارية **la tutelle administrative** .

ثانيا : اللامركزية المرفقية:

يجد المشرع في أحيان كثيرة أنه من الضروري أن يمنح بعض المشاريع والمرافق والمصالح العامة الشخصية المعنوية وقدر من الاستقلال عن الإدارية المركزية مع خضوعها لإشرافها، كمرفق البريد والتلفون والكهرباء والإذاعة والجامعات، لتسهيل ممارستها لنشاطاتها بعيداً عن التعقيدات الإدارية.

وتمارس اللامركزية المرفقية نشاطاً واحداً أو أنشطة متجانسة كما هو الحال في الهيئات والمؤسسات العامة على عكس اللامركزية المحلية التي تدير العديد من المرافق أو الأنشطة غير المتجانسة. (١٨)

ولا يستند هذا الأسلوب على فكرة الديمقراطية إنما هي فكرة فنية تتصل بكفاءة إدارة المرفق وعلى ذلك ليس من حاجة للأخذ بأسلوب الانتخابات في اختيار رؤساء أو أعضاء مجالس إدارة هذه الهيئات العامة (١٩).

هذا ويحرص المشرع دائماً تكون ممارسة هذه المؤسسات لنشاطها ضمن الحدود

والرقابة الإدارية في النظام اللامركزي تختلف عن السلطة الرئاسية التي تعتبر أحد عناصر المركزية الإدارية ، فالسلطة الرئاسية كما سبقت الإشارة علاقة التبعية والتدرج الرئاسي بين الموظف ورئيسه. أما في النظام اللامركزي فإن الموظفين في الدوائر والهيئات المحلية لا يدينون بالطاعة لأوامر السلطة المركزية على خلاف الأمر في السلطة الرئاسية، لأن هذه الهيئات تتمتع بشخصية معنوية تجعلها بمنأى عن الخضوع التام لتوجيهات السلطة المركزية، ولكنها لا تتخلى عن الرقابة اللاحقة التي تمارسها على أعمال الهيئات المحلية.

ولا يمكن اعتبار هذا الاستقلال منحه من الهيئات المركزية بل هو استقلال مصدره القانون أو الدستور (٢١) ويقود هذا الاستقلال إلى أعضاء الرئيس الذي يملك الوصايا من المسؤولية المترتبة من جراء تنفيذ المرؤوس لتوجيهاته إلا المرؤوس لتوجيهاته غلا في الأحوال التي يحددها القانون. (٢٢)

كما تختلف (الوصاية الإدارية) عن السلطة الرئاسية في أنه لا يجوز للسلطة المركزية تعديل القرارات التي تصدرها الهيئات المحلية وكل ما تملكه توافق عليها بحالتها أو ترفضها. (٢٣)

فإن حاولت السلطة المركزية فرض رئاستها على المرافق اللامركزية بالتعرض لقراراتها بالتعديل أو إلغائها في غير الحدود القانونية كان لهذه الأخيرة الاعتراض على ذلك٢٤.

وفي ذلك ورد في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري " إن من المسلم به فقهاً وقضاء إن علاقة الحكومة المركزية بالمجالس البلدية والقروية إن هي إلا وصاية إدارية وليست سلطة رئاسية، وبناء على ذلك فإن الأصل إن وزير الشؤون البلدية والقروية لا يملك بالنسبة لقرارات هذا المجلس سوى التصديق عليها كما هي، أو عدم التصديق عليها كما هي، دون أن يكون له حق تعديل هذه القرارات".(٢٥)

وأخيراً فإن سلطة الوصايا تملك الحلول محل الوحدات المحلية عندما تهمل الأخيرة في ممارسة اختصاصاتها أو تخل بالتزاماتها فترفض اتخاذ إجراء معين كان الواجب عليها طبقاً للقوانين واللوائح، حتى لا يتعطل سير المرافق العامة تحرير السلطة المركزية محل الوحدات اللامركزية لتتخذ الإجراء المطلوب وذلك باسم الوحدات اللامركزية ولحسابها.

21- د. علي محمد بدير – د. عصام عبدالوهاب البرزنجي – د. مهدي ياسين إسلامي – مبادئ واحكام القانون الإداري – مديرية دار الكتب – بغداد – ١٩٩٣ ص ١٨٧ .

22 –hauriou (m) precis de droit administratif et de droit public , sirey – 1933 – p 5

23 – silver (v) , salon (s) – la fonction puplique et ses problems actuel , op , cit – p 13

24- د. عبدالفتاح حسن – التأديب في الوظيفة العامة – رسالة دكتوراة – القاهرة – ١٩٦٤ – ص ١٠٨ .

25- حكم محكمة القضاء – التأديب في الوظيفة العامة – رسالة دكتوراة – القاهرة – ١٩٦٤ – ص ١٠٨ – القضاء الإدارية في قضاء مجلس الدولة – منشأة المعارف – ١٩٨٧ – ص ٤٤٢ .

ولخطورة هذه السلطة وحتى لا تتعسف السلطة المركزية في ممارسة حق الحلول، درج القضاء على القول بضرورة وجود نص قانوني صريح يلزم الوحدة اللامركزية بالقيام بالعمل أو بإجراء التصرف وامتناعها عن ذلك، وقيام السلطة الوصايا بتوجيه إنذار مكتوب إلى الوحدة اللامركزية الممتنعة تدعوها إلى وجوب القيام بالعمل أو الإجراء الذي يفرضه القانون (٢٦)

المطلب الرابع: تقييم اللامركزية الإدارية

نظام اللامركزية الإدارية له الكثير من المزايا إلا أن من الفقهاء من أبرز له بعض العيوب وهو ما نبينه في هذه الدراسة:

أولا: مزايا اللامركزية الإدارية :

١- يؤكد المبادئ الديمقراطية في الإدارة: لأنه يهدف إلى اشتراك الشعب في اتخاذ القرارات وإدارة المرافق العامة المحلية.

٢- يخفف العبء عن الإدارة المركزية. إذ أن توزيع الوظيفة الإدارية بين الإدارة المركزية والهيئات المحلية أو المرفقية يتيح للإدارة المركزية التفرغ لأداء المهام الأكثر أهمية في رسم السياسة العامة وإدارة المرافق القومية.

٣- النظام اللامركزي أقدر على مواجهة الأزمات والخروج منها. سيما وأن الموظفين في الأقاليم أكثر خبرة من غيرهم في مواجهة الظروف والأزمات المحلية كالثورات واختلال الأمن، لما تعودوا عليه وتدربوا على مواجهته وعدم انتظارهم تعليمات السلطة المركزية التي غالباً ما تأتي متأخرة.

٤- تحقيق العدالة في توزيع حصيلة الضرائب وتوفير الخدمات في كافة أرجاء الدولة، على عكس المركزية الإدارية حيث تحظى العاصمة والمدن الكبرى بعناية أكبر على حساب المدن والأقاليم الأخرى.

٥- تقدم اللامركزية الإدارية حلاً لكثير من المشاكل الإدارية والبطء والروتين والتأخر في اتخاذ القرارات الإدارية وتوفر أيسر السبل في تفهم احتياجات المصالح المحلية وأقدر على رعايتها.

ثانيا : عيوب اللامركزية الإدارية :

١- يؤدي هذا النظام إلى المساس بوحدة الدولة من خلال توزيع الوظيفة الإدارية بين الوزارات والهيئات المحلية.

٢- قد ينشأ صراع بين الهيئات اللامركزية والسلطة المركزية لتمتع الاثنين بالشخصية المعنوية ولأن الهيئات المحلية غالباً ما تقدم المصالح المحلية على المصلحة العامة.

٣- غالباً ما تكون الهيئات اللامركزية أقل خبرة ودراية من السلطة المركزية ومن ثم فهي أكثر إسرافاً في الإنفاق بالمقارنة مع الإدارة المركزية.

26- د. محمد عبدالله الحراري – المصدر السابق – ص ١٠٩ .

ولا شك أن هذه الانتقادات مبالغ فيها إلى حد كبير ويمكن علاجها عن طريق الرقابة أو الوصايا الإدارية التي تمارسها السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية والتي تضمن وحدة الدولة وترسم الحدود التي لا تتجاوزها تلك الهيئات.

وفي جانب آخر يمكن سد النقص في خبرة الهيئات اللامركزية من خلال التدريب ومعاونة الحكومة المركزية مما يقلل من فرص الإسراف في النفقات والأضرار بخزينة الدولة.

ويؤكد ذلك أن أغلب الدول تتجه اليوم نحو الأخذ بأسلوب اللامركزية الإدارية على اعتبار أنه الأسلوب الأمثل للتنظيم الإداري.

الفصل الثالث

التنظيم الإداري في العراق

في هذا الجزء من الدراسة نعرض للتنظيم الإداري في العراق في مرحلتين مهمتين من تاريخة فسنتطرق الى التنظيم الاداري للعراق في الدستور المؤقت الملغى لعام ١٩٧٠ اما المرحلة الثانيه فسنتناول بها التنظيم الاداري للعراق في ظل الدستور العراقي الحالي الصادر عام ٢٠٠٥.

المبحث الأول

التنظيم الإداري في ظل دستور عام ١٩٧٠

أخذ العرق في دستور عام ١٩٧٠ بنظام يقترب من نظام الادارة المركزية في صورة عدم التركيز الاداري رغم انه قد نص على اتباع النظام الامركزي في المادة الثامنة منة.

وتتضح من نصوص هذا الدستور الطبيعة الحقيقية للنظام الاداري في العراق فهي تلك الفترة وهو ماسنبينة من خلال البحث في الهيئات المركزية والهيئات اللامركزية التي كانت السائده.

أولاً : الهيئات المركزية

يتبين من الباب الربع من الدستور المؤقت لعام١٩٧٠ ان الادارة المركزية في العراق تتمثل فيما يلي:

أ- مجلس قيادة الثورة:

يعد مجلس قيادة الثورة ووفقاً للمادة (٣٧)

من الدستور أعلى سلطة في الدولة ويباشر أعمال السيادة العليا والتشريع ووضع السياسة العامة للدولة ويتخذ التدابير التي يراها ضرورية في المجالين التشريعي والاداري.

وفي ذلك بينت المادة (٤٣) من الدستور اختصاصات المجلس في:

أ- اقرار شؤون وزارة الدفاع والامن العام ووضع القوانين واتخاذ القرارات في كل مايتعلق بها من ناحية التنظيم والاختصاصات.

ب- اعلان التعبئة العامة جزئيا او كليا واعلان الحرب وقبول الهدنة وعقد الصلح.

ج- المصادقه على مشروع الميزانية العامة للدولة والميزانيات المستقلة والاستثمارية الملحقة بها ، واعتماد الحسابات الختامية.

د- المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

٢- رئيس الجمهورية:

رئيس الجهوريه كان يشغل منصب رئيس مجلس قيادة الثورة ورئيس السلطه التنفيذية والقائد العام للقوات المسلحة وكان وفقا للمواد (٥٧-٥٨) من الدستوربما يلي :.

١ – مراقبة اعمال الوزارات والمؤسسات في الدولــة ، ومـساءلة الـوزراء واسـتجوابهم عنـد الاقتضاء.

٢ – المحافظة على استقلال البلاد ووحدة اراضيها وحماية امنها الداخلي والخارجي ورعاية حقوق الافراد وحرياتهم.

٣ – الاشراف على حسن تطبيق الدستور والقوانين واحكام القضاء ومشاريع التنميـة فـي جميـع انحاء جمهورية العراق .

٤ – تعيين نواب رئيس الجمهورية واعفائهم من مناصبهم .

٥ – – تعيين الوزراء واعفائهم من مناصبهم.

٦–تعيين القضاة وموظفي الدولة المدنيين والعسكريين وانهاء خدماتهم وفقا للقانون وله تخويل من يراه هذة الصلاحية .

٧– تعيين واعتماد الممثلين الدبلوماسيين العراقيين لدى البلدان العربية والاجنبية وفي المؤتمرات والمنظمات الدولية .

٨– منح الرتب العسكرية والاوسمة وفقا للقانون .

٩– اجراء المفاوضات وعقد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية .

١٠ – قبول الممثلين الدبلوماسيين والدوليين وطلب سحبهم .

١١ – المصادقة على احكام الاعدام واصدار العفو الخاص .

١٢ – توجيه ومراقبة اعمال الوزارات والمؤسسات العامه والتنسيق بينها .

٣– مجلس الوزراء

يتالف مجلس الوزراء من رئيس مجلس الوزراء والذي مـن الممكـن ان يكـون رئـيس الجمهورية، ونواب رئيس مجلس الوزراء ، والوزراء . ومجلس الوزراء هو القائم بادارة شـؤون الدولة و تنسيق النشاطات الإدارية للوزارات و ضمان تنفيذ السياسة العامة للدولة ويمارس العديـد من الاختصاصات ومنها :

١ – اعداد مشروعات القوانين واحالتها الى السلطه التشريعيه المختصة .

٢ – اصدار الانظمة والقرارات الادارية وفقا للقانون .

٣– تعيين موظفي الدولة المدنيين وترفيعهم وانهاء خدماتهم واحالتهم علـى التقاعـد وفقـا للقانون .

٤– اعداد الخطة العامة للدولة .

٥– اعداد الميزانية العامة والميزانيات الملحقة بها .

٦– عقد القروض ومنحها والاشراف على تنظيم وادارة النقد .

٧– اعلان حالة الطوارئ الكلية او الجزئية وانهاؤها وفقا للقانون .

٨– الاشراف على المرافق العامة والمؤسسات الرسمية وشبة الرسمية .

ثانيا : الهيئات اللامركزية:

نص الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ في المادة(٨- ب) علـى ان تقسم الجمهورية العراقية الى وحدات ادارية وتنظم على اساس الادارة الامركزية.

وقد اعترف الدستور للمنطقه التي غالبية سكانها من الاكراد بالحكم الذاتي وفقا لما يحدده القانون.

وقد حاول النظام السياسي ان يضفي بعض مظاهر النظام الامركزي في الاداره من خلال اصدار المشرع قانون مجالس الشعب المحليه رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٥ إلا أن الواقع الفعلي لم يجر على هذه المناول إذ سيطر الاعضاء المعينون في هذة المجالس على الشؤون التنفيذيسة للوحدات المحليه وكان المحافظين ممثلي الإدارة المركزية في المحافظات المعينين من قبلها المسيطرين الحقيقيون على الشؤون المحلية والساهرين على تنفيذ القوانين المركزية الصادرة إليهم من العاصمة كما لم يكن رؤساء الدوائر المحلية في المحافظات أحسن حالاً فقد كان يتم تعيينهم وعزلهم من السلطة المركزية وينحصر دورهم في تقديم التقارير الى المحافظين عن الامور التي تدخل ضمن اختصاصاتهم.

١- الوحدات المحلية

نص المشرع العراقي في المادة الثانيه من قانون المحافظات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٩ على ان تقسم الجمهورية العراقية الى محافظات والمحافظات الى اقضية والاقضية الى نواح ويكون لكل منها الشخصية المعنوية في نطاق الوظائف التي تمارسها الادارات المحلية.

ويكون لكل وحدة ادارية مجلس للادارة المحلية يجري تشكيلة وفقا لاحكام القانون ويستثنى من ذلك الوحدات الادارية المركزية حيث يمثلها في المحافظة مجلس المحافظه وفي القضاء مجلس القضاء (المادة ٥٢).

ويكون رئيس الوحدة الادارية ممثلا للسلطة التنفيذيه فيها ويشرف على تنفيذ سياسة الدولة وعلى فروع الوزارات فيها وعلى موظفيها ومستخدميها ويعد رئيسا لهم عدا (الجيش والمحاكم والجامعات والاقسام التدريسية منها) ويرئس المحافظ المحافظه ويرئس القائمقام القضاء ويرئس مدير الناحية الناحية (المادة ٩).

ويعين المحافظ ويعفى وينقل بمرسوم جمهوري يصدر بناء على اقتراح الوزير وموافقة مجلس الوزراء وتكون وظيفتة من الدرجة الخاصة. في حين يعين كل من نائب المحافظ والقائمقام ومدير الناحية بمرسوم جمهوري يصدر بناء على اقتراح الوزير وينقل كل منهم بامر من الوزير (المادة ١٣).

تتمتع الوحدة الادارية بمجموعة من الحقوق:

١- تتمتع بالحقوق الخولة لها بموجب القانون.

٢- تستوفي الضرائب والرسوم والاجور وفقا لاحكام القوانين.

٣- تستعمل الصلاحيات التي تمكنها من القيام بالخدمات والوظائف حسب احكام هذا القانون والقوانين الاخرى.

٤- ان تعقد العقود على اختلاف انواعها بمقتضى احكام القانون.

٥- ان تكون خصما في جميع الدعاوى التي تقام لها او عليها.

٢- ادارة الحكم الذاتي

اوضحنا ان الدستور المؤقت لعام ١٩٧٠ قد نص في المادة الثانية الفقرة ج منة على (تتمتع المنطقة التي غالبية سكانها من الاكراد بالحكم الذاتي وفقا لما يحددة القانون) وقد اضيفت هذه الفقرة الى نص المادة الثانية من الدستور بموجب قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٢٤٧ في ١١-٣-١٩٧٤.

وقد اصدر المشرع قانون الحكم الذاتي لمنطقة كردستان رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٤ الذي تسضمن وجود مجلسين هما المجلس التشريعي والمجلس التنفيذي وبموجب المادة الخامسة عشر من قانون الحكم الحكم الذاتي رقم ٤ لسنة ١٩٧٥ يمارس المجلس التنفيذي في منطقة الحكم الذاتي الصلاحيات التالية:

١- ضمان تنفيذ القوانين والانظمة.

٢- الالتزام باحكام القضاء.

٣- اشاعة العدالة وحفظ الامن والنظام العام وحماية المرافق العامة الوطنية والمحلية واموال الدولة وفقا لاحكام قانون الحكم الذاتي.

٤- اصدار القرارات التشريعية المحلية.

٥- اعداد مشروعات الخطط التفصيلية للشؤون الاقتصادية والاجتماعية وللمشاريع الانمائية وشؤون التربية والتعليم والصحة والعمل وفقا لمقتضيلت التخطيط المركزي العام للدولة ومتطلبات تطبيقها ورفعها الى المجلس التشريعي للتصديق عليها.

٦- الاشراف على المرافق والمؤسسات العامة المحلية في المنطقة.

٧- تعيين موظفي ادارة الحكم الذاتي الذين لايتطلب تعيينهم اصدار مرسوم جمهوري او موافقة رئيس الجمهورية وفق قوانين الخدمة والملاك وتسري عليهم احكام الخدمة المطبقة على جمهورية العراق.

٨- تنفيذ الميزانية الاعتيادية للمنطقة وفق القوانين والاسس المعتمدة في النظام المحاسبي للدولة.

٩- اعداد تقرير سنوي عن اوضاع المنطقة يرفع لرئيس الجمهورية وللمجلس التشريعي.

١٠- اعداد تخمينات مشروع الميزانية الاعتيادية للمنطقة ورفعها الى المجلس التشريعي.

الرقابه على قرارات ادارة الحكم الذاتي

مارست السلطة المركزية على ادارة الحكم الذاتيي رقابة واسعة تمثلت في انه لرئيس الجمهورية اعفاء رئيس المجلس التنفيذي من منصبة وفي هذه الحالة يعد المجلس منحلا (المادة ١٣ – و). كما ان قرارات المجلس كانت ترسل الى وزير العدل فور صدورها وكان للاخير ان يطعن فيها خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبلغة بها امام هيئة قضائية خاصة تشكل في محكمة التمييز تتكون من رئيس محكمة التمييز واربعة من اعضاء محكمة التمييز يتم اختيارهم من قبل اعضاء المحكمة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة ، وتمارس هذة الهيئة الرقابة على مشروعية قرارات هيئات الحكم الذاتي والتاكد من موافقتها للدستور والقوانين والانظمة وتصدر قرارها خلال مدة اقصاها ثلاثون يوما من تاريخ تقديم الطعن و يكون قرارها قطعيا (المادة ١٩).

ومن الجدير بالذكر ان طعن الوزير بهذة القرارات يوقف تنفيذها حتى نتيجة الفصل واذا ما قررت هيئة الرقابة عدم مشروعية هذة القرارات فانها تعد ملغاة من تاريخ صدورها وتزال جميع الاثار التي ترتبت عليها

٣- مجالس الشعب المحلية

اصدر المشرع بتاريخ ٢٥-١٢-١٩٩٥ قانون مجالس الشعب المحلية رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٥ ؛ والذي تضمن تشكيل مجالس الشعب المحلية في المحافظات والاقضية والنواح.

وتضم مجالس الشعب المحليه اعضاء منتخبين بالاقتراع العام السري المباشر في المحافظة أو القضاء او الناحية واعضاء معينين يتم اختيارهم بقرار من رئيس الجمهوريه اومجلس الوزراء، ويكون الاعضاء المعينون دائميين على عكس المنتخبين وقد يزيد عدد الاعضاء المعينين على المنتخبين حيث لم تقيد صلاحية رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء في التعيين على الرغم من ان المادة الثانية من قانون مجالس الشعب تنص على ان يكون عددا الاعضاء المنتخبين ضعف عدد الاعضاء المعينين.

ويضم مجلس الشعب في الناحية والقضاء ثلاثون عضوا عشرة منهم دائميون بينما يضم مجلس الشعب في المحافظة ستون عضوا عشرون منهم دائميون.

والاعضاء المعينون معينون بحكم وظائفهم في القضاء (رئيس الوحدة الادارية. مدير البلدية ، ضابط او مدير الشرطة ، ممثل وزارة التربية ، ممثل وزارة الصحة ، ممثل وزارة الزراعة ، ممثل وزارة الري ، ممثل وزارة النقل والمواصلات ، مسؤول دائرة الكهرباء ، مسؤول دائرة المجاري) (المادة ٤، ٥).

اما الاعضاء الدائميون في مجلس شعب المحافظة فهم كل من (المحافظ ، نائب المحافظ ، معاون المحافظ ، مدير الشرطة ، مدير البلديات ، مديرعام التربية ، مدير عام الصحة مدير الزراعة ، مدير الري ، ممثل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ممثل وزارة النقل والمواصلات ، ممثل وزارة المالية ، ممثل وزارة التجارة ، ممثل وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، ممثل

وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، ممثل وزارة الثقافة والاعلام ، ممثل الهيئة العامـة للسياحة ، مدير توزيع الكهرباء ، مدير الماء والمجاري ، مدير الطرق والجسور في المحافظة (المادة ٧).

ومن الجدير بالذكر ان هذه التشكيلة من الاعضاء تجعل رؤساء الوحدات الادارية في النواح و اللاقضية و المحافظات ومن يمثلون الدوائر الخدمية العامة فيها المتحكمين الاساسيين في شؤون المحافظة بحكم خبرتهم بالمقارنة مع الاعضاء المنتخبين.

ولاشك أن وجود الاعضاء الدائميين في المجلس يتنافى مع الاسس التي يقوم عليها اسلوب الادارة الامركزية في الادارة فمن المفترض في المجالس المحليـة أن يـتم اختيارهـا بالانتخـاب المباشر من مواطني الوحدات المحلية.

اما في بغداد فقد اقر المشرع احكاما خاصة لتشكيل مجالس الـشعب المحليـة فيهـا وفـي الاقضية والنواح التابعة لها حيث يتكون مجلسها من اعـضاء منتخبـين يحـدد عـددهم رئـيس الجمهورية ومن اعضاء دائميين هم(رئيس المجلس يعينة رئيس الجمهورية بمرسوم جمهـوري ، امين بغداد ، محافظ بغداد ، وكيل امانة بغداد للشون الفنية ، وكيل امانة بغداد للشون الاداريـة ، وكيل امانة بغداد للشون البلدية ، ممثل عن الوزارات الاتية بدرجة وكيل وزارة ، التربية ، التعلـيم العالي والبحث العلمي ، الصحة ، النقل والمواصلات ، الماليـة ، التجـارة ، العمـل والـشؤون الاجتماعية، الاوقاف والشؤون الدينية ، الثقافة والاعلام ، رئيس هيئة السياحة ، نائب المحـافظ ، معاون المحافظ ، مدير شرطة بغداد – الرصافة، مدير شرطة بغداد– الكرخ ، مدير عـام كهربـاء بغداد ، مديرعام دائرة الماء ومدير عام دائرة المجاري في امانة بغداد) .

اما بالنسبة للاقضية التي تقع ضمن التصميم الاساس لمدينة بغداد فيشكل فـي كـل منهـا مجلس شعب يحتوي على عدد مساوي للممثلين في مجلس الشعب المحلي في مدينة بغداد ومـنهم اعضاء دائميون وهم كل من: (القائمقام ، مدير عام الدائرة البلدية في امانة بغداد العاملـة ضـمن الحدود الادارية للقضاء ، ممثل وزارة التربية بدرجة مدير عام ، ممثل وزارة التربية بدرجة مـدير عام ، ممثل وزارةالصحة بدرجة مدير عام ، ممثل وزارةالنقل والمواصلات بدرجة مديرعام ،مـدير شرطة القضاء ، ممثل المنشأة العامة للكهرباء بدرجة مدير عام ، ممثل دائرة الماء في امانة بغداد بدرجة مدير عام ، ممثل دائرة المجاري في امانة بغداد بدرجة مدير عام.) (المادة ٧٩).

اختصاص مجالس الشعب المحلية

يبدو ان المشرع قد سمح لمجالس الشعب ان تمارس وظائف مختلفة في طبيعتها منها ما يتعلق بالضبط الاداري ومنها ما هو خدمي ومنها ما هو رقابي.

أ/ الضبط الاداري:تعد هذه الوظيفة من أهم الوظائف التي تمارسها المجـالس وتتـضمن هـذة الوظيفة اختصاص المجالس المحلية في غلق المحال التي تؤثر على الاخلاق والاداب العامة (المادة ٥٠–أ) ومن ذلك الحق في ترحيل من تثبت ممارستهم البغاء بحكم قضائي مكتـسب

درجة البنات خارج الوحدة الادارية بعد استنفاذ مدة الحكم وللمجلس ترحيل عائلتة بعد ان يكتسب الحكم درجة البتات.

ب/ أداء الخدمات: تتولى مجالس الشعب مهمة تقديم الخدمات لمواطني الدوائر المحلية وإدارة المرافق العامة والفاعلية في تقديم الخدمات ومن ذلك اقرار انشاء الحدائق العامة وهدم المباني الآيلة للسقوط واجازة المحلات العامة واعطاء الموافقة على على اجازة النوادي والمطاعم والملاهي وغيرها من المحلات والنشاطات الترفيهية وغلقها او الامر بتفتيشها ، كما تختص المجالس المحلية بالعناية بالثقافة والفنون في المحافظة والعناية بتراثها وتاريخها وحماية الاثار فيها.

ج /الإشراف والرقابة:تمارس مجالس الشعب المحلية مهمة الرقابة والإشراف والمتابعة على أعمال الدوائر الخدمية و أجهزة الاشغال العامة ومختلف المشاريع في الوحدة الادارية لضمان حسن تقديمها للخدمات.

وللمجالس في هذا الشأن دعوة اي موظف في الوحدة الادارية للاستيضاح منه او لمناقشتة او الاستائناس برأية في الامور المتعلقة بوظيفتة و للمجالس في المحافظات ان تنقض القرارات او توقف الاجراءات التي تتخذها مجالس الشعب المحلية في النواح والاقضية التابعة للمحافظة اذا وجد فيها ما يتعارض مع التشريعات النافذة او سياسة الدولة المركزية او مصلحة المحافظة التي لاتتعارض مع المصلحة العامة.(المادة ٥٦ –ثانيا)

المبحث الثاني

التنظيم الإداري في ظل دستور عام ٢٠٠٥

بعد عام ٢٠٠٣ انتقل العراق إلى نظام اداري جديد واتجهت البلاد نحو تغيير جذري في المفاهيم والقيم والمبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية، واتجه نحو إرساء دعائم النظام الفيدرالي واللامركزيه في الإدارة ، وتوج هذا الاتجاه بصدور الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ والذي كانت مبادئه تعبر عن طموحات الشعب العرقي نظام اللامركزية الذي يقوم على أساس توزيع السلطة الإدارية بين الحكومة المركزية والهيئات الإقليمية أو المحلية.

أولاً : الهيئات المركزية

يتبين من نصوص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ ان الادارة المركزية في العراق تتمثل بمايلي:

رئيس الجمهورية

اخذ المشرع الدستوري العراقي في ظل هذا الدستور بالنظام البرلماني في الحكم ومن مقتضيات ذلك ان يتمتع رئيس الجمهورية بصلاحيات محدودة الا انها تبقى تشغل حيزا مهما من الوظيفة التنفيذية. وفي ذلك بينت المادة ٦٤ من الدستور ان (رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة

ورمز وحدة الوطن يمثل سيادة البلاد، و يسهر على ضمان الالتزام بالدستور، والمحافظة على استقلال العراق، وسيادته، ووحدته، وسلامة اراضيه، وفقاً لاحكام الدستور).

هذا و يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات الاتية :

أولاً: اصدار العفو الخاص بتوصية من رئيس مجلس الوزراء باستثناء ما يتعلق بالحق الخاص والمحكومين بارتكاب الجرائم الدولية والارهاب والفساد المالي والاداري.

ثانياً: المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، بعد موافقة مجلس النواب وتعد مصادقة عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها.

ثالثاً: يصادق ويصدر القوانين التي يسنها مجلس النواب، وتعد مصادقا عليها بعد مضي خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها.

رابعاً: دعوة مجلس النواب المنتخب إلى الانعقاد خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات، وفي الحالات الاخرى المنصوص عليها في الدستور.

خامساً: منح الاوسمة والنياشين بتوصية من رئيس مجلس الوزراء وفقا للقانون.

سادساً: قبول السفراء.

سابعاً: اصدار المراسيم الجمهورية.

ثامناً: المصادقة على احكام الاعدام التي تصدرها المحاكم المختصة.

تاسعاً: يقوم بمهمة القيادة العليا للقوات المسلحة للاغراض التشريفية والاحتفالية.

عاشراً: ممارسة اية صلاحيات رئاسية أخرى واردة في هذا الدستور.

مجلس الوزراء

رئيس الوزراء هو المسؤول المباشر عن السياسة العامة للدولة والقائد العام للقوات المسلحة ويقوم بتسمية اعضاء وزارتة وادارة مجلس الوزراء ويتراس اجتماعاته

ويمارس مجلس الوزراء استنادا الى نص المادة ٧٧ من الدستور الصلاحيات الاتية

اولا: تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة والخطط العامة والاشراف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة

ثانيا: اقتراح مشروعات القوانين.

ثالثـــا: اصدار الانظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين.

رابعا: اعداد مشروع الموازنة العامة والحساب الختامي وخطط التنمية.

خامسا: التوصية إلى مجلس النواب بالموافقة على تعيين وكلاء الـوزارات والـسفراء واصـحاب الدرجات الخاصة، ورئيس اركان الجيش ومعاونيه ومن هم بمنصب قائد فرقة فما فـوق، ورئـيس جهاز المخابرات الوطني، ورؤساء الاجهزة الامنية.

سادسا: التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوقيع عليها أو من يخوله.

ثانياً : الهيئات اللامركزية:

نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة(١١٢) على ان يتكون النظـام الاتحـادي في جمهورية العراق من عاصمة واقاليم ومحافظات لامركزية وادارات محلية.

الاقاليم

أقر الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النظام الفيدرالي في شـكل الدولـه و اذا كـان موضـوع الفيدرالية يدخل ضمن الامركزية السياسية وليس الامركزية الادارية من حيث ان لسلطات الاقـاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقا لاحكام هذا الدستور، باستثناء مـا ورد فيه من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية. فاننا سوف لانتطرق الى الحقوق الدسـتورية للاقليم اذ لايصح تناولها في هذة الدراسة وسنقتصر على تناول الحقوق الادارية.

وقد اقر هذا الدستور عند نفاذه اقليم كوردستان، وسلطاته القائمة اقليماً اتحادياً كمـامنح الحق لكل محافظة أو اكثر تكوين اقليم بناء على طلب بالاستفتاء عليه، يقدم بأحدى طريقيتين:

الاولى طلب من ثلث الاعضاء في كل مجلس من مجالس المحافظات التي تروم تكوين الاقليم

اما الثانية فطلب من عُشر الناخبين في كل محافظة من المحافظات التي تروم تكوين الاقليم.

وقد نص الدستور في المادة (١١١) منه ان كل ما لم يـنص عليـه فـي الاختـصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية تكون من صلاحية الاقـاليم والمحافظـات غيرالمنتظمـة فـي اقلـيم والصلاحيات الاخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الاقلـيم في حالة الخلاف بينهما.

ويختص الاقليم وفقا للباب الخامس من الدستور بممارسة السلطات الاتية:

١- يقوم الاقليم بوضع دستور له، يحدد هيكل سلطات الاقليم، وصلاحياته، وآليـات ممارسـة تلـك الصلاحيات، على ان لايتعارض مع هذا الدستور.

٢- لسلطات الاقاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقا لاحكـام هـذا الدستور، باستثناء ما ورد فيه من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية.

وقانون الاقليم بخصوص مسألةٍ لاتدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يحق لسلطة الاقليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الاقليم، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي.

٣- تخصص للاقاليم والمحافظات حصة عادلة من الايرادات المحصلة اتحادياً، تكفي للقيام باعبائها ومسؤولياتها، مع الاخذ بعين الاعتبار مواردها وحاجاتها، ونسبة السكان فيها.

٤- تختص حكومة الاقليم بكل ما تتطلبه إدارة الاقليم، وبوجه خاص انشاء وتنظيم قوى الامن الداخلي للاقليم كالشرطة والامن وحرس الاقليم.

في حين تكون الاختصاصات التالية مشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم:

١- إدارة الكمارك بالتنسيق مع حكومات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم، وينظم ذلك بقانون.

٢- تنظيم مصادر الطاقة الكهربائية الرئيسة وتوزيعها.

٣- رسم السياسة البيئية لضمان حماية البيئة من التلوث والمحافظة على نظافتها بالتعاون مع الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم

٤- رسم سياسات التنمية والتخطيط العام

٥- رسم السياسة الصحية العامة بالتعاون مع الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم.

٦- رسم السياسة التعليمية والتربوية العامة بالتشاور مع الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم.

٧- رسم سياسة الموارد المائية الرئيسية وتنظيمها بما يضمن توزيع عادل، وينظم ذلك بقانون.(المادة ١١٠ من الدستور).

٢- المحافظات التي لم تنظم باقليم

افرد المشرع الدستوري الفصل الثاني من الباب الخامس من الدستور لبيان التقسيم الاداري للمحافظات غير المنتظمة في اقليم. فأوضحت المادة ١١٨ منة ان المحافظات تتكون من عدد من الاقضية والنواح والقرى.

وجاء في النص:

(اولاً: تتكون المحافظات من عدد من الاقضية والنواحي والقرى.

ثانياً: تمنح المحافظات التي لم تنتظم في اقليم الصلاحيات الادارية والمالية الواسعة، بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الادارية، وينظم ذلك بقانون. ثالثا: يُعد المحافظ الذي ينتخبة مجلس المحافظة، الرئيس التنفيذي الاعلى في المحافظة، لممارسة صلاحياته المخول بها من قبل المجلس

رابعا: ينظم بقانون، انتخاب مجلس المحافظة، والمحافظ، وصلاحياتهما

خامسا: لايخضع مجلس المحافظة لسيطرة أو اشراف اية وزارة أو أية جهة غير مرتبطة بوزارة، وله مالية مستقلة.).

هذا ويجوز تفويض سلطات الحكومة الاتحادية للمحافظات أو بالعكس، بموافقة الطرفين وينظم ذلك بقانون. اما بشأن بغداد فقد بين الدستور انها بحدودها البلدية عاصمة جمهورية العراق،وتمثل بحدودها الادارية محافظة بغداد،وينظم وضع العاصمة بقانون ولايجوز للعاصمة ان تنضم لاقليم.(المادة ١٢٠)

المحاضرة الرابعة

الضبط الإداري

نتناول في هذا القسم في الدراسة الجوانب المختلفة للضبط الإداري، فنعرض لماهيته وأغراضه ووسائل وحدود سلطات الضبط الإداري،[1] وذلك في ثلاثة مباحث كما يلي:-

المبحث الأول : ماهية الضبط الإداري
المبحث الثاني: أغراض ووسائل الضبط الإداري
المبحث الثالث: حدود سلطات الضبط الإداري

المبحث الأول

ماهية الضبط الإداري

لبيان ماهية الضبط الإداري نعرض أولا لتعريفه وتمييزه عما يشتبه به وأخيراً نبين أنواعه.

المطلب الأول: التعريف بالضبط الإداري .

يقصد بالضبط الإداري بمعناه العام مجموعة الإجراءات والأوامر والقرارات التي تتخذها السلطة المختصة للمحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاثة " الأمن – الصحة – السكينة ".

ويلاحظ أن المشرع سواء في فرنسا أو مصر أو في العراق، لم يضع تعريفاً محدداً للضبط الإداري، وإنما اكتفى بتحديد أغراضه، وترك تعريفه للفقه والقضاء.

وفي هذا المجال يعرف ***De laubadere*** الضبط الإداري بأنه: " مظهر من مظاهر عمل الإدارة يتمثل في تنظيم حريات الأفراد حماية للنظام العام. [1]

بينما يتجه الفقهاء العرب ومنهم الدكتور طعيمة الجرف إلى تعريفه بأنه " وظيفة من أهم وظائف الإدارة تتمثل أصلا في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة عن طريق إصدار القرارات اللائحية والفردية واستخدام القوة المادية مع ما يتبع ذلك من فرض قيود على الحريات الفردية تستلزمها الحياة الاجتماعية " [2] بينما يعرفه

1- يراجع بخصوص الضبط الإداري.

-G- vedel. Droit Administratif – op . cit p.119
-De laudadere . trait de droit administrative.op-cit- p589

-د. محمود سعد الدين الشريف – النظرية العامة للضبط الإداري – مجله مجلس الدولة السنة الثانية العدد الثاني ١٩٥١ ص ٢٨٢.

د. منيب محمد ربيع – ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري – رسالة دكتوراه ١٩٨١ .

د. حسن صادق المرصفاوي – ضمانات الحريات الشخصية في ظل القوانين الاستثنائية مجلة المحاماة العدد السابع ص ١٧١.

د. عاشور سليمان صالح شوايل – مسؤولية الإدارة عن أعمال وقرارات الضبط الإداري – جامعة قاريونس ١٩٩٧ .

2 *–De laubadereTtrait de droit administrative . op-cit p.505*

الدكتور صبيح بشير مسكوني بأنه " مظهر من مظاهر نشاط الإدارة العامة يراد به ممارسة هيئـات إدارية معينة اختصاصات فرض قيود على حريات الأفراد وحماية للنظام العام ".(٣)

وأيا كان الأمر فان الضبط الإداري نظام وقائي تتولى فيه الإدارة حماية المجتمع من كل ما يمكن أن يخل بأمنه وسلامته وصحة أفراده وسكينتهم، ويتعلق بتقييد حريات وحقوق الأفراد بهدف حماية النظام العام في الدولة. وبهذا المعنى يتميز الضبط الإداري عن الضبط التـشريعي والـضبط القضائي.

أولاً : الضبط الإداري والضبط التشريعي

يلجأ المشرع في كثير من الأحيان إلى إصدار القوانين التي تقيد حريات الأفراد وحقـوقهم حفاظاً على النظام العام، وفي ممارسته لهذا الاختصاص إنما يستند لاختصاصه التشـريعي، الـذي يجد مصدره في الدسـتور والمبادئ العامة للقانون،

3- د.طعيمة الجرف- القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطات الادارية – دار النهضة العربية ١٩٧٨ – ص ٤٧١.

وتسمى التشريعات الصادرة في هذا الشأن " بالضبط التشريعي" تميزاً له عن الضبط الإداري الذي يصدر من جانب الإدارة في شكل قرارات تنظيميه أو فردية يترتب عليها تقييد حريات الأفراد.

مع ضرورة الإيضاح بان سلطة الضبط الإداري يجب أن تتم في إطار القوانين والتشريعات وتنفيذاً لها، غير أن ذلك لا يمنعها من اتخاذ إجراءات مستقلة تتضمن قيوداً على الحريات الفردية بواسطة ما تصدره من لوائح الضبط.(٤)

ثانياً: الضبط الإداري والضبط القضائي

يقصد بالضبط القضائي، الإجراءات التي تتخذها السلطة القضائية للتحري عن الجرائم بعد وقوعها، والبحث عن مرتكبها تمهيداً للقبض عليه، وجمع الأدلة اللازمة للتحقيق معه ومحاكمته وانزال العقوبة به.

ومن ثم فان الضبط القضائي يتفق مع الضبط الإداري في انهما يستهدفان المحافظة على النظام العام، إلا انهما يختلفان من حيث السلطة المختصة بإجرائه والغرض منه وطبيعته.

فمن جهة تتولى السلطة التنفيذية وظيفة الضبط الإداري. بينما تتولى السلطة القضائية ممثلة بالقضاة أو أعضاء النيابة العامة وممثليها وظيفة الضبط القضائي.

ومن حيث الغرض فان مهمة الضبط الإداري وقائية تسبق الإخلال بالنظام العام وتمنع وقوع الاضطراب فيه، في حين مهمة الضبط القضائي علاجية ولاحقة لوقوع الإخلال بالنظام العام وتهدف إلى ضبط الجرائم بعد وقوعها والبحث عن مرتكبيها وجمع الأدلة اللازمة لإجراء التحقيق والمحاكمة وإنزال العقوبة.

وأخيرا يتميز الضبط الإداري في طبيعة إجراءاته التي تصدر في شكل قرارات تنظيميه أو فردية تخضع لرقابة القضاء الإداري إلغاء وتعويضاً، أما الضبط القضائي فانه يصدر في شكل قرارات قضائية لا تخضع لرقابة القضاء الإداري ، وخضوعها لسلطات القضاء العادي محل نظر.(٥)

المطلب الثاني : أنواع الضبط الإداري.

يطلق مصطلح الضبط الإداري ويقصد به معنيان: الضبط الإداري العام- والضبط الإداري الخاص.

4- د.عبد الغني بسيوني – القانون الإداري – المصدر السابق – ص٣٧٩

د. طعيمة الجرف – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٤٢١.

5- اتجه القضاء في فرنسا نحو تقرير عدم مسؤلية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ومنها إجراءات الضبط الإداري .

De laubadere – Traite da droit administrative – op-cit – p-591

في حين يعتبر القضاء الإداري المصري أعمال الضبط القضائي أعمال قضائية تخضع لسلطات القضاء العادي.

يراجع في هذا الشان.د . سليمان محمد الطماوى – قضاء التعويض –١٩٧٧ – ص ٦١

د. رمزي الشاعر – في المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية – ١٩٨٣ – ص ١٤٥

يقصد بالضبط الإداري العام المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن والصحة والسكنية العامة. وحماية جميع الأفراد في المجتمع من خطر انتهاكاته والإخلال به.

أما الضبط الإداري الخاص فيقصد به حماية النظام العام من زاوية أو ناحية معينة من نشاط الأفراد من ذلك القرارات الصادرة بتنظيم نشاط صيد بعض الحيوانات النادرة، وتنظيم عمل في بعض المحلات العامة المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة. أو في مكان أو أماكن محددة، حيث يعهد بتولي سلطة الضبط في هذه الأماكن إلى سلطة إدارية معينة، كان يعهد إلى شرطة الآثار بمهمة المحافظة على النظام العام في الأماكن الأثرية.

ويلاحظ أن الضبط الإداري الخاص قد يستهدف أغراضا أخرى بخلاف أغراض الضبط الإداري العام التقليدية، إذ يملك أن يفرض القيود التي يراها لتحقيق أهداف أو أغراض أخرى خلاف النظام العام كالقيود التي تفرض على الأفراد لحماية الآثار أو تنظيم السياحة وتجميل المدن.

ومن ثم فان الضبط الإداري الخاص أضيق حدوداً من نطاق الضبط الإداري العام لتقيده بمكان أو نشاط أو أغراض معينه. إلا أن ذلك لا يعني محدودية تأثيره في المجالات التي يتولاها، بل أن الاتجاه التشريعي في بعض الدولة ينحو إلى استبعاد نظام الضبط الإداري العام وانفراد هيئات الضبط الإداري الخاص في تنظيم نشاطات معينة. مثلما هو الحال في الضبط الخاص بشؤون السكك الحديدية والمنشات الخطيرة والمقلقة للراحة والصحة في فرنسا. (٦)

المبحث الثاني

أغراض ووسائل الضبط الإداري

نتناول فيما يلي أغراض الضبط الإداري ثم نبين الوسائل أو الأساليب التي يستعين بها لتحقيق هذه الأغراض.

المطلب الأول: أغراض الضبط الإداري

بينا أن الهدف من الضبط الإداري هو حماية النظام العام ومنع انتهاكه والإخلال به. وتمارس الإدارة سلطة الضبط الإداري متى وجدت ذلك ضرورياً ولو لم ينص القانون على إجراء معين لمواجهه هذا الانتهاك أو الإخلال.

والنظام العام فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان فيما يعتبر مخالفاً للنظام العام في زمان أو مكان معينين قد لا يعد كذلك في زمان أو مكان آخرين: كما يختلف باختلاف الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة. لذلك يجمع الفقه على ضرورة ربط فكرة النظام العام بالمصلحة العامة العليا المجتمع في كل دولة على حده.

---

6 – للمزيد ينظر :

د. عاشور سليمان شوايل – المصدر السابق – ص ٩٩ وما بعدها .

د. سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٥٣٩ وما بعدها .

غير أن معظم الفقهاء يتفقون على أن النظام العام يهدف إلى تحقيق ثلاثة أغراض رئيسية هي: الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة.

أولاً : الأمن العام

يقصد بالأمن العام تحقيق كل ما من شأنه اطمئنان الإنسان على نفسه وماله من خطر الاعتداءات والانتهاكات واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الكوارث الطبيعية كالكوارث والأخطار العامة كالحرائق والفيضانات والسيول، والانتهاكات التي قد تسبب بها الإنسان كجرائم القتل والسرقة والمظاهرات وأحداث الشغب وحوادث المرور.

ثانياً: الصحة العامة.

ويقصد بها حماية صحة الأفراد من كل ما من شانه أن يضر بها من أمراض أو أوبئة إذ تعمد الإدارة إلى تطعيم الأفراد من الأمراض المعدية وتتخذ الإجراءات التي تمنع انتشارها.

كما تشرف على توفير المياه الصالحة للشرب وتراقب صلاحية الأغذية للاستهلاك البشرى ومدى تقيد المحال العامة بالشروط الصحية.

ولاشك أن وظيفة الدولة في مجال الصحة العامة قد توسعت إلى حد كبير بفعل انتشار التلوث وكثرة الاعتماد على المواد الكيماوية في الصناعة وتأثير ذلك على صحة الأفراد.

ثالثاً: السكنية العامة.

ويقصد بها توفير الهدوء في الطرق والأماكن العامة ومنع كل ما من شأنه أن يقلق راحة الأفراد أو يزعجهم كالأصوات والضوضاء المنبعثة من مكبرات الصوت والباعة المتجولين ومحلات التسجيل ومنبهات المركبات. ومن الجدير بالذكر أن مفهوم النظام العام قد اتسع ليشمل النظام العام الأدبي والأخلاق العامة. وأمكن بالتالي استعمال سلطة الضبط الإداري للمحافظة على الآداب والأخلاق العامة، فتجاوز بذلك العناصر الثلاثة السابقة. وفى هذه الاتجاه تملك الإدارة منع عرض المطبوعات المخلة بالآداب العامة. وكذلك حماية المظهر العام للمدن وحماية الفن والثقافة.

وفى ذلك لا يجوز تقديم العروض المسرحية أو التمثيلية أو الموسيقية أو الراقصة أو الغنائية في الملاهي أو المحال العامة إلا بعد الترخيص بها من الجهة المختصة بوزارة الداخلية والحكم المحلى ولا يجوز الترخيص بالعروض الخليعة أو الفاضحة أو المخلة بالحياء أو التي يقصد بها الإثارة الجنسية أو التي تنطوي على ذلك.

المطلب الثاني: وسائل الضبط الإداري

في سبيل تحقيق أهداف الضبط الإداري لابد للإدارة أن تستخدم وسائل أو أساليب معينة وهى لوائح الضبط وأوامر الضبط الفرية وأخيرا التنفيذ الجبري.

أولا: لوائح الضبط الإداري

تتضمن لوائح الضبط الإداري قواعد عامة مجردة تهدف إلى المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة، وتتضمن تقييد حريات الأفراد، لذلك نشأ خلاف شديد حول مدى مشروعيتها، على اعتبار أن تقييد الحريات لا يجوز إلا بقانون ووظيفة الإدارة تنحصر بوضع هذه القوانين موضوع التنفيذ.

غير أن الاتجاه السليم في القضاء و الفقه يعترف للإدارة بتنفيذ هذه القوانين وتحميلها، وقد تقضي هذه التكملة كما يذهب الدكتور " سامي جمال الدين " إلى تقييد بعض الحريات، كما قد تقتصر مهمة هذا الضبط الإداري على تطبيق النظم العامة الضبطية التي نصت عليها القوانين.(٧)

ومن ثم تعد لوائح الضبط أهم أساليب الضبط الإداري وأقدرها في حماية النظام العام، ومنها لوائح تنظيم المرور وتنظيم العمل في المحال العامة، وتتخذ عدة مظاهر في تقييدها النشاط الأفراد منها الحظر، والأذن المسبق والأخطار والتنظيم.

١- الحظر

يقصد بالحظر أن تتضمن لوائح الضبط منع مزاولة نشاط معين منعاً كاملاً أو جزئياً.

والأصل أن لا يتم الحظر المطلق لنشاط ما لان ذلك يعني انتهاك للحرية ومصادرة للنشاط. ولكن أجاز القضاء استثناءً الحظر الكامل للنشاط عندما يشكل إخلالا بالنظام العام كمنع إنشاء مساكن للبغاء أو للعب الميسر.

٢- الإذن المسبق

قد تظهر لوائح الضبط في ضرورة الحصول على إذن مسبق من جهة الإدارة قبل مزاولة النشاط، ومن الضروري أن يشترط القانون المنظم للحرية الحصول على هذا الإذن، إذا أن القانون وحدة الذي يملك تقييد النشاط الفردي بإذن سابق وعكس هذا يسمح بالتمييز بين الأفراد.

٣-الأخطار عن النشاط

ويحصل بان تشترط اللائحة ضرورة أخطار السلطة المختصة بمزاولة نشاط معين حتى تتمكن من اتخاذ ما يلزم من إجراءات تكفل حماية النظام العام. مثال ذلك الأخطار عن تنظيم اجتماع عام. ففي هذه الحالة لا يكون الاجتماع محظوراً وليس من الضروري الحصول على إذن مسبق.

٤- تنظيم النشاط

قد لا تتضمن لوائح الضبط على حظر نشاط معين أو اشتراط الحصول على أذن مسبق أو الأخطار عنه. وإنما قد تكتفي بتنظيم النشاط الفردي وكيفية ممارسته، كما لو تم تحديد سرعة المركبات في الطرق العامة أو تحديد أماكن وقوفها.

ثانياً: أوامر الضبط الإداري الفردية

قد تلجأ سلطات الضبط إلى إصدار قرارات إدارية أو أوامر فردية لتطبق على فرد أو أفراد معينين بذواتهم. وقد تتضمن هذه القرارات أوامر بالقيام بأعمال معينه أو نواهي بالامتناع عن

7- د. سامي جمال الدين- اللوائح الإدارية – المصدر السابق – ص ٣٠٨ .

أعمال أخرى. مثال ذلك الأوامر الصادرة بمنع عقد اجتماع عام أو الأمر الصادر بهدم منـزل آيـل للسقوط أو القرار الصادر بمصادرة كتاب أو صحيفة معينة.

والأصل انه يجب أن تستند هذه القرارات إلى القوانين واللوائح فتكون تنفيذاً لها. إلا انـه استثناء من ذلك قد تصدر القرارات الإدارية دون أن تكون مستندة إلى قانون أو لائحـة تنظيميـه عامة. فاللائحة أو التشريع لا يمكن أن ينصا على جميع التوقعات أو التنبؤات التي قد تحث. كما أن مفهوم النظام العام متغير، فإذا ظهر تهديداً أو إخلال لم يكن التشريع أو اللائحة قد توقعـاه فـان طلب أن يكون القرار الفردي مستنداً إلى قاعدة تنظيميه يؤدى إلى تجريـد سـلطة الـضبط مـن فاعليتها.(٨)

ثالثاً: التنفيذ الجبري

قد تستخدم الإدارة القوة المادية لإجبار الأفراد على تنفيذ القـوانين واللـوائح والقـرارات الإدارية لمنع الإخلال بالنظام العام. وتعد هذه الوسيلة اكثر وسائل الضبط شدة وعنفـاً باعتبارهـا تستخدم القوة الجبرية ولا يخفى ما لذلك من خطورة على حقوق الأفراد وحرياتهم.

ويعد التنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري أحد تطبيقات نظرية التنفيذ المباشر للقـرارات الإدارية، واستناداً لذلك لا يتم الحصول على أذن سابق من السلطات القضائية لتنفيذه. إلا انه يجـب أن تتوافر فيه ذات شروط التنفيذ المباشر.

ومن الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى التنفيذ الجبـري أن يبـيح القـانون أو اللـوائح استعمال هذا الحق، أو يرفض الأفراد تنفيذ القوانين واللوائح ولا يوجد أسلوب أخر لحمـل الأفـراد على احترام القوانين واللوائح غير التنفيذ الجبري، كما يتم اللجوء إلى هـذا الأسـلوب فـي حالـة الضرورة.(٩)

ويشترط في جميع الحالات أن يكون استخدام القوة المادية متناسباً مع جسامة الخطر الذي من الممكن أن يتعرض له النظام العام.

ويجب التنويه أخيرا بان استخدام القوة المادية لا يعنى حتماً مجازاة الأفـراد عـن أفعـال جرمية ارتكبوها. وإنما يقصد بالقوة المادية تلك القوة المستخدمة لمنع وقوع أي إخـلال بالنظـام العام بعناصره الثلاثة.(١٠)

8- د. توفيق شحاته- مبادئ القانون الإداري – القاهرة -دار النشر بالجامعات المصرية – الجزء الأول – ١٩٥٥ ص٣٤٣ وما بعدها.

9 – ينظر :

د. عبد الغني بسيوني – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٢٨٧ .

د. عاشور سليمان صالح – المصدر السابق – ص ١٧٩ .

10 – محمد مختار عثمان – المصدر السابق – ص ٥٥٦ .

المبحث الثالث

حدود سلطات الضبط الإداري

من الضروري وضع حدود لاختصاصات الإدارة في ممارستها لسلطات الضبط الإداري يتم من خلالها الموازنة بين تحقيق متطلبات النظام العام وضمان حقوق وحريات الأفراد، وقد درجت أحكام القضاء الإداري على منح الإدارة حرية واسعة في ممارسة سلطات الضبط الإداري، غير أنها أخضعتها في ذلك لرقابة القضاء الإداري من نواح عدة.

وفي هذا المجال نبين حدود سلطات الضبط الإداري في الأوقات العادية ثم نعرض لحدود هذه السلطة في الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول : حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية

تخضع سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية لمبدأ المشروعية الذي يستدعى أن تكون الإدارة خاضعة في جميع تصرفاتها للقانون، وإلا كانت تصرفاتها وما تتخذه من قرارات باطلاً وغير مشروعاً. وتتمثل رقابة القضاء على سلطات الإدارة في هذه الظروف فيما يلي:

أولا: أهداف الضبط الإداري

يجب أن تتقيد الإدارة بالهدف الذي من اجله قرر المشرع منح هيئات الضبط هذه السلطات، فليس للإدارة تخطى هذا الهدف سواء كان عاماً أم خاصاً، فإذا استخدمت سلطتها في تحقيق أغراض بعيدة عن حماية النظام العام. أوسعت إلى تحقيق مصلح عامة لكن لا تدخل ضمن أغراض الضبط التي قصدها المشرع فان ذلك يعد انحرافاً بالسلطة ويخضع قرار الإدارة لرقابة القضاء المختص.

ثانياً: أسباب الضبط الإداري

يقصد بسبب الضبط الإداري الظروف الخارجية التي دفعت الإدارة إلى التدخل وإصدار قرارها، ولا يعد تدخل الإدارة مشروعاً إلا إذا كان مبنياً على أسباب صحيحة وجدية من شأنها أن تخل بالنظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة.

ثالثاً: وسائل الضبط الإداري

يجب أن تكون الوسائل التي استخدمتها سلطات وهيئات الضبط الإداري مشروعة، ومن القيود التي استقر القضاء على ضرورة اتباعها في استخدام الإدارة لوسائل الضبط الإداري انه لا يجوز أن يترتب على استعمال هذه الوسائل تعطيل التحريات العامة بشكل مطلق لان ذلك يعد إلغاء لهذه الحريات، والحفاظ على النظام العام لا يلتزم غالباً هذا الإلغاء وإنما يكتف بتقيدها. ومن ثم يجب أن يكون الحظر نسبياً، اي إن يكون قاصراً على زمان أو مكان معينين.

وعلى ذلك تكون القرارات الإدارية التي تصدرها سلطة الضبط الإداري بمنع ممارسة نشاط عام منعاً عاماً ومطلقاً غير مشروعة. (١١)

رابعاً: ملائمة قرارات الضبط الإداري

لا يكفى أن يكون قرار الضبط الإداري جائزا قانوناً أو انه قد صدر بناءً على أسباب جدية، إنما تتسع رقابة القضاء لبحث مدى اختيار الإدارة الوسيلة الملائمة للتدخل، فيجب أن لا تلجأ إلى استخدام وسائل قاسية أو لا تتلائم مع خطورة الظروف التي صدر فيها.

ومن الضروري أن نبين أن سلطة القضاء في الرقابة على الملائمة هي استثناء على القاعدة العامة في الرقابة على أعمال الإدارة فالأصل هو استقلال الإدارة في تقدير ملائمة قراراتها، لكن بالنظر لخطورة قرارات الضبط على الحقوق والحريات فان القضاء يبسط رقابته على الملائمة. (١٢)

وفى هذا المجال لا يجوز مثلاً لرجال الأمن أن يستخدموا إطلاق النار لتفريق تظاهره في الوقت الذي كان استخدام الغاز المسيل للدموع أو خراطيم المياه كافياً لتحقيق هذا الغرض.

المطلب الثاني: حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية

قد تطرأ ظروف استثنائية تهدد سلامة الدولة كالحروب والكوارث الطبيعية، وتجعلها عاجزة عن توفير وحماية النظام العام باستخدام القواعد والإجراءات السابق بيانها. وفى هذه الحالة لابد أن تتسع سلطات هيئات الضبط لمواجهة هذه الظروف من خلال تمكينها من اتخاذ إجراءات سريعة وحازمة لمواجهة الظرف الاستثنائي.

على أن الظرف الاستثنائي أيا كانت صورته حرباً أو كوارث طبيعية لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق، فلا يعدو أن يكون الأمر توسعاً لقواعد المشروعية، فالإدارة تبقى مسؤولة في ظل الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ الذي وقع منها، غير أن الخطأ في حالة الظروف الاستثنائية يقاس بميزان آخر غير أن ذلك الذي يقاس به الخطأ في الظروف العادية.

أولاً: التنظيم القانوني لسلطة الضبط في الظروف الاستثنائية

---

11 - د. عبد الغني بسيوني – المصدر السابق – ص ٩٣١ .

12- د. محمود أبو السعود حبيب – المصدر السابق – ص ٣٨٦

وحيث أن نظام الظروف الاستثنائية من شأنه المساس المباشر بحقوق وحريسات الأفسراد التي يكفلها الدستور، فلابد أن يتدخل المشرع لتحديد ما إذا كان الظرف استثنائياً ام لا، ويستم ذلسك باتباع أسلوبين: الأول أن تصدر قوانين تنظيم سلطات الإدارة فسي الظسروف الاسستثنائية بعسد وقوعها، ويتسم هذا الأسلوب بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم لأنه يحرم السسلطة التنفيذيسة مسن اللجوء إلى سلطات الظروف الاستثنائية إلا بعد موافقة السلطة التشريعية، ويعيبسه أن هنساك مسن الظروف الاستثنائية ما يقع بشكل مفاجئ لا يحتمل استصدار تلك التشريعات بسالإجراءات الطويلسة المعتادة [13]. بينما يتمخض الأسلوب الثاني عن وجود قوانين منظمة سسلفاً لمعالجسة الظسروف الاستثنائية قبل قيامها ويرخص الدستور للسلطة التنفيذية بإعلان حالة الظروف الاستثنائية والعمل بمقتضى هذه القوانين.

ولا يخفى ما لهذا الأسلوب من عيوب تتمثل في احتمال إساءة الإدارة سلطتها فسي إعسلان حالة الظروف الاستثنائية في غير أوقاتها للاستفادة مما يمنحه لها المشرع من صلاحيات في تقييد حريات الأفراد وحقوقهم.

وقد اخذ المشرع الفرنسي بالأسلوب الأخير إذا منحت المادة السادسة عشرة مسن دسستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨ رئيس الجمهورية الفرنسية سلطات واسسعة مسن اجسل مواجهه الظروف الاستثنائية.

ثانيا: حالات اعلان حالة الطوارىء في العراق

لايجوز اعلان حالة الطوارىء الا في حالات معينة يتعرض فيها الامن والنظام العام للخطسر في جميع ارجاء الدولة او في جزء منها. وقد حدد المشرع العراقي هذه الحالات في قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ فيما يلي:

١- اذا حدث خطر من غارة عدائية او اعلنت الحرب او قامت حالة حرب او ايسة حالسة تهسدد بوقوعها.

٢- اذا حدث اضطراب خطير في الامن العام اوتهديد خطير له.

٣- اذا حدث وباء عام او كارثة عامة.

في حين خول امر قانون الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ رئيس السوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالاجماع اعلان حالة الطوارىء في اية منطقة من العراق عنسد تعسرض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد الافراد في حياتهم، وناشىء من حمله مستمرة للعنف، مسن أي عدد من الاشخاص لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق او تعطيل المشاركة السياسية السلمية لكل العراقيين او أي غرض اخر.

13- د. صبيح بشير مسكوني- القضاء الإداري – المصدر السابق ص٧١

ثالثا: النتائج المترتبة على اعلان حالة الطوارئ

يترتب على اعلان حالة الطوارئ مجموعة من الاثار وقد حددت المادة الثالثة من امر قانون الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ والتي تقضي الى منح الادارة اختصاصات استثنائية مقيد للحرية اهمها مايلي:

١- توقيف وتفتيش الافراد دون استحصال مذكرة قضائية

٢- وضع قيود على حرية المواطنين او الاجانب في السفر والانتقال والتجول والتجمع والمرور من والى العراق وحمل او استخدام الاسلحة والذخائر والمواد الخطره.

٣- احتجاز المشتبه بسلوكهم وتفتيش منازلهم واماكن عملهم.

٤- فرض حضر التجوال لفترة محدده على المنطقة التي تشهد تهديدا خطيرا على الامن او تشهد تفجيرات او اضطرابات وعمليات مسلحة معادية واسعه.

٥- فرض قيود على الاموال وعلى حيازة الاشياء الممنوعة ووضع الحجز الاحتياطي على اموال المتهمين بالتامر والتمرد والعصيان المسلح والاضطرابات المسلحة وعمليات الاغتيال والتفجير، وعلى اموال من يشترك او يتعاون معهم باية كيفيه.

٦- اتخاذ اجراءات احترازية على الطرود والرسائل والبرقيات ووسائل واجهزة الاتصال السلكية والاسلكية كافة. ويمكن فرض المراقبه على هذه الوسائل وتفتيشها وضبطها.

٧- فرض قيود على وسائل النقل والمواصلات البريدية والجوية والمائية في مناطق محدده لفترة محدده.

٨- فرض قيود على المحال العامة والتجارية والنوادي والجمعيات والنقابات والشركات والمؤسسات والدوائر من حيث تحديد مواعيد فتحها وغلقها ومراقبة اعمالها ووضعها تحت الحراسة وحلها وايقافها مؤقتا.

٩- ايقاف العمل مؤقتا او بصوره دائمية باجازات الاسلحة والذخيرة والمواد الخطيرة والمفرقعة والمتفجرة وحيازتها او الاتجار بها.

ومن المهم القول ان المادة الثانيه من امر الدفاع عن السلامة الوطنيه العراقي تنص على ان حالة الطوارئ تعلن بامر يتضمن الحالة التي اعلنت حالة الطوارئ بسببها، وتحديد المنطقة التي تشملها، وتحديد بدء سريانها ومدتها على ان لاتمتد اكثر من (٦٠) ستين يوما اوتنتهي بعد زوال الخطر او الظرف الذي استدعى قيامها او ايهما اقل

ويجوز تمديد حالة الطوارئ بصورة دورية كل ثلاثين يوما ببيان تحريري من رئيس الوزراء وهيئة الرئاسة اذا استدعت الضرورة ذلك وينتهي العمل بها تلقائيا اذا لم تمدد تحريريا في نهاية اية فترة تمديد.

المحاضرة الرابعة

المرفق العام

يعد المرفق العام المظهر الإيجابي لنشاط الإدارة وتتولاه الإدارة بنفسها أو بالاشتراك مع الأفراد ، وتسعى من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة. وتعد فكرة المرافق العامة من أهم موضوعات القانون الإداري وترد إليها معظم النظريات والمبادئ التي ابتدعها القضاء الإداري كالعقود الإدارية والأموال العامة والوظيفة العامة.

ونبين في هذا الجزء من الدراسة مفهوم المرفق العام والمبادئ التي تحكم المرافق العامة وأخيراً طرق إدارة المرافق العامة وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول : ماهية المرفق العام .
المبحث الثاني : المبادئ التي تحكم المرافق العامة .
المبحث الثالث : طرق إدارة المرافق العامة .

المبحث الأول

ماهية المرفق العام

البحث في ماهية المرفق العام يستدعي منا أن نبين تعريفه وعناصره، ثم نستعرض أنواع المرافق العامة ونوضح أخيراً إنشاء وإلغاء هذه المرافق.

المطلب الأول : تعريف وعناصر المرفق العام

ليس من السهل تعريف المرفق العام، ولعل صعوبة تعريفه تعود إلى أن عبارة المرفق العام مبهمة ولها معنى عضوي و أخر موضوعي(١)

المعنى العضوي ويفيد المنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة، ويتعلق هذا التعريف بالإدارة أو الجهاز الإداري. أما المعنى الموضوعي فيتعلق بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة.

وعلى ذلك يمكن القول بأن المرفق العام هو في حالة السكون المنظمة التي تقوم بنشاط معين، أما في حالة الحركة فهو النشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات عامة بغض النظر عن الجهة التي تؤديه.

وقد تراوح التعريف بين هذين المعنيين فقد أكد بعض الفقهاء على العنصر العضوي للمرفق العام، بينما تناوله البعض الأخر من الناحية الوظيفية أو الموضوعية ، وبعد أن كان القضاء الإداري في فرنسا ومصر يتبنى المعنى العضوي، تطورت أحكامه للجميع بين المعنيين، ثم

---

١ - ريمون اودان- النزاع الإداري-ترجمة سيدي الضياف-مركز النشر الجامعي - تونس ٢٠٠٠ - ص ٣١٦. للمزيد ينظر : د. محمود محمد حافظ - نظرية المرفق العام - دار النهضة العربية -١٩٨١- ١٩٨٢- ص٦٦ ؛ د. محمد فؤاد مهنا -القانون الإداري المصري والمقارن- ج١. ص٨٩ وما بعدها؛ د. ثروت بدوي -مبادئ القانون الإداري ١٩٦٨- ص٨٠ وما بعدها؛ د. عثمان خليل عثمان-في نظرية المرافق العامة- القاهرة ١٩٥٨- ص٢٤٥؛ د. توفيق شحاته-مبادئ القانون الإداري- ص٣٧٨ وما بعدها؛ د. سليمان محمد الطماوي-الأسس العامة في العقود الإدارية - ص٦٥ وما بعدها.

استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به لأخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام.(٢)

وفي ذلك يعرف الأستاذ "رفيرو" المرفق العام بمعناه الوظيفي بأنه نشاط يهدف إلى تحقيق الصالح العام.(٣)

ويعرفه الدكتور طعيمة الجرف بأنه " نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيهها ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور".(٤)

وفي الحقيقة يمكن الجمع بين المعنى العضوي والوظيفي للوصول إلى تعريف سليم للمرفق العام لوجود التقاء بين المعنيين، عندما تسعى الهيئات العامة التابعة لشخص من أشخاص القانون العام إلى تحقيق النفع العام وإشباع حاجات الأفراد، وهذا يحصل دائماً في المرافق العامة الإدارية.

غير أن تطور الحياة الإدارية، والتغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي تقوم عليها فكرة المرافق العامة أدى إلى ظهور المرافق العامة الاقتصادية أو التجارية التي يمكن أن تدار بواسطة الأفراد أو المشروعات الخاصة مما قاد إلى انفصال العنصر العضوي عن الموضوعي وأصبح من حق الإدارة أن تنظم نشاط معين في صورة مرفق عام وتعهد به إلى الأفراد فيتوافر فيه العنصر الموضوعي دون العضوي.

وقد اعترف مجلس الدولة في فرنسا للمرافق الاقتصادية والتجارية بصفة المرفق العام، بل أطلق هذه الصفة على بعض المشروعات الخاصة ذات النفع العام التي تخضع لترخيص أداري مقيد ببعض الشروط، وفق ما يعرف بفكرة المرافق العامة الفعلية.(٥)

وفي الاتجاه ذاته اعترف القضاء الإداري في مصر للمرافق الاقتصادية بصفة المرافق العامة وأخضعها لنظام القانون العام. (٦)

---

٢ – حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري ١٤ / ٣٨ ف بتاريخ ١٦ – ٥ ١٩٩٣م.م.ع العددان الثالث والرابع لسنة الثامنة والعشرون – ص ٤٥.

٣- *Rivero(J), Precis de droit advinistratif, paris 1970-P447*

٤– د طعيمة الجرف – القانون الإداري – ١٩٨٥ – ص ٥٣ .

٥ – محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص ١٦ .

٦ – قضت محكمة القضاء الإداري في مصر ((.. أن التطور الحديث في الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعي والتجاري مع أنه يعمل لتحقيق الربح ولكن الواقع من الأمر أن الهدف الرئيسي لمثل هذه المرافق ليس تحقيق الربح الذي يحققه إلا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية أو تجارية كما أن من صفات المرفق أيضاً أن يخضع في إدارته للسلطة الحاكمة، بمعنى أن تكون الكلمة النهائية في إدارة المشروع وتنظيمه للسلطة العامة وأن يكون لها على الأقل الرأي النهائي فيما يتعلق بالمشروع. هذا إلى جانب أن المرافق العامة تخضع لنظام قانوني خاص

عناصر المرفق العام

من التعريف السابق يتضح أن هناك ثلاثة عناصر يجب توافرها حتى يكتسب المشروع صفة المرفق العام ويعود العنصر الأول إلى الهدف الموكل إلى المرفق الذي يقوم بالنشاط والثاني ارتباط المشروع بالإدارة ورقابتها لسير العمل فيه وأخيراً استخدام امتيازات السلطة العامة.

أولاً: عنصر الهدف

لابد أن يكون الغرض من المرفق العام تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد أو تقديم خدمة عامة، وهذه الحاجات أو الخدمات قد تكون مادية كمد الأفراد بالمياه والكهرباء أو معنوية كتوفير الأمن والعدل للمواطنين.

وعلى ذلك يعد تحقيق النفع العام من أهم العناصر المميزة للمرفق العام عن غيره في المشروعات التي تستهدف تحقيق النفع الخاص أو تجمع بين هذا الهدف وهدف إشباع حاجة عامة أو نفع عام.

ومع ذلك فإن تحقيق بعض المرافق العامة للربح لا يعني حتماً فقدها صفة المرفق العام، طالما أن هدفها الرئيس ليس تحقيق الربح، وإنما تحقيق النفع العام كما أن تحصيل بعض المرافق لعوائد مالية لقاء تقديمها الخدمات إلى المواطنين كما هو الحال بالنسبة لمرفق الكهرباء والقضاء لا يسعى لكسب عوائد مالية بقدر ما يعد وسيلة لتوزيع الأعباء العامة على كل المواطنين.(٧)

ومع ذلك فان هدف المنفعة العامة الذي اعترف القضاء الإداري به عنصراً من عناصر المرفق العام لا يمكن تحديده بدقة، فهذا الهدف قابل للتطور ويتوقف على تقدير القاضي إلى حد كبير.

وفي هذا السبيل ذهب جانب من الفقه إلى أن الذي يميز المرفق العام، أن المشروعات التي تنشئوها الدولة تعتبر مرافق عامة لأنها تستهدف تحقيق وجهاً من وجوه النفع العام الذي عجز الأفراد وأشخاص النشاط الخاص عن القيام بها، أولا يستطيعون القيام بها على أكمل وجه.(٨)

إلا أن المتتبع لأحكام القضاء الإداري الفرنسي يجد أنه اعتبر الكثير من النشاطات تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، رغم إن نشاطها من السهل أن يتولاه الأفراد، ومن ذلك حكم **Terrier** ١٩٠٣ المتعلق بقتل الثعابين، وحكم ***Therond*** ١٩١٠ الخاص برفع جثث الحيوانات.(٩)

يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة.)) ، حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٢ – ٦ –١٩٥٧. في القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية.

٧ – د. محمد عبدالله الحراري – المصدر السابق – ص ١٩١ .

د. محمد مختار عثمان – المصدر السابق – ص ١٣٨ .

٨ – د. عبدالغني بسيوني – المصدر السابق – ص ٤٠٢.

٩- *6-2-1903 Terrier P94 Concl Romieu.G.A.P.63 – 4Mars 1910 Therond P.193 Concl Pichat, GA P.92*

ثانياً: عنصر الإدارة

تقوم الدولة بإنشاء المرافق العامة ويجب أن يكون نشاط المرفق العام منظماً من جانب الإدارة وموضوعاً تحت إشرافها ورقابتها، وخاضعاً لتوجيهها لضمان عدم انحرافه عن المصلحة العامة لحساب المصالح الخاصة(١٠).

وإذا عهدت الإدارة إلى أحد الأشخاص المعنوية العامة بإدارة المرافق فإن هذا لا يعني تخليها عن ممارسة رقابتها وإشرافها عليه من حيث تحقيقه للمصلحة العامة وإشباع الحاجات العامة للأفراد.

مع إن هناك جانب من الفقه تؤيده بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي يذهب إلى أن هناك ما يمكن تسميته بالمرافق العامة الفعلية ، وتخضع لبعض أحكام المرافق العامة، لأن هذا الاتجاه يتعارض والمستقر في مبادئ وأحكام القانون الإداري التي تقضي بضرورة وجود نص يخول الإدارة إنشاء المرافق العامة.

ثالثاً : وجود امتيازات السلطة العامة

يلزم لقيام المرافق العامة أن تتمتع الجهة المكلفة بإدارة المرفق العام بامتيازات غير مألوفة في القانون الخاص تلائم الطبيعة الخاصة للنظام القانوني الذي يحكم المرافق العامة.

غير أن هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء على اعتبار أن التطورات الاقتصادية وتشعب أنشطة الإدارة أفرزت إلى جانب المرافق العامة الإدارية مرافق عامة صناعية وتجارية تخضع في الجانب الأكبر من نشاطها إلى أحكام القانون الخاص كما أن خضوع المرفق للقانون العام هو مجرد نتيجة لثبوت الصفة العامة للمرفق، ومن غير المنطقي أن تعرف الفكرة بنتائجها.(١١)

غير أننا لا نتفق مع هذا الرأي من حيث أن المرافق العامة الصناعية والتجارية وأن كنت تخضع في بعض جوانبها لأحكام القانون الخاص فأنها لا تدار بنفس الكيفية التي تدار بها المشروعات الخاصة كما أن إرادة المشرع في إنشائها تضعها في إطار نظام قانوني غير مألوف وأن لم تتضمن امتيازات غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن هنا نرى ضرورة خضوع المرافق العامة لنظام قانوني متميز عن نظام القانون الخاص بسبب طبيعتها المتميزة واستهدافها المصلحة العامة ومن قبيل ذلك حقها في التنفيذ المباشر وحقها في استيفاء الرسوم، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي.(١٢)

---

١٠ – ريمون اودان – المصدر السابق – ص ٣١٩ .

١١ ينظر في هذا الرأي :

د. عبدالغني بسيوني – القانون الإداري –المصدر السابق – ص ٤٠٤.

د. محمود ابو السعود في القانون الإداري – المصدر السابق – ص ١٦ .

د.محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص ٢٧ .

١٢- *S-3-1-1961 Mangnier P.33 R.D.P 1961.P.155. Concl. Fournier*

وينظر في هذا الرأي : د . محمد مختار عثمان – المصدر السابق – ص ١٩٢ .

المطلب الثاني :أنواع المرافق العامة

لا تأخذ المرافق العامة صورة واحدة بل تتعدد أنواعها تباعاً للزاوية التي ينظر منها إليها، فمن حيث طبيعة النشاط الذي تمارسه تنقسم إلى مرافق إدارية ومرافق اقتصادية، ومرافق مهنية، ومن حيث استقلالها تنقسم إلى مرافق ذات شخصية معنوية مستقلة ومرافق لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ومن حيث نطاق نشاطها إلى مرافق قومية وأخرى محلية.

ومن حيث مدى الالتزام بإنشائها إلى مرافق اختيارية ومرافق إجبارية.

أولاً : المرافق العامة من حيث طبيعة نشاطها .

تنقسم المرافق العامة من حيث موضوع نشاطها أو طبيعة هذا النشاط إلى ثلاثة أنواع:

١. المرافق العامة الإدارية:

يقصد بالمرافق العامة الإدارية تلك المرافق التي تتناول نشاطاً لا يزاوله الأفراد عادة أما بسبب عجزهم عن ذلك أو لقلة أو انعدام مصلحتهم فيه، ومثالها مرافق الدفاع والأمن والقضاء.(١٣)

وتخضع المرافق الإدارية من حيث الأصل لأحكام القانون الإداري، فعمالها يعتبرون موظفين عموميين وأموالها أموالاً عامة، وتصرفاتها أعمالاً إدارية، وقراراتها تعد قرارات إدارية وعقودها عقوداً إدارية، وبمعنى أخر تتمتع المرافق العامة الإدارية باستخدام امتيازات السلطة العامة لتحقيق أهدافها. إلا أنها قد تخضع في بعض الأحيان استثناء لأحكام القانون الخاص، وذلك عندما يجد القائمون على إدارتها أن هذا الأسلوب يكفي لتحقيق أهداف المرفق وتحقيق المصلحة العامة.

٢. المرافق الاقتصادية:

بفعل الأزمات الاقتصادية وتطور وظيفة الدولة ظهر نوع أخر من المرافق العامة يزاول نشاطاً تجارياً أو صناعياً مماثلاً لنشاط الأفراد و تعمل في ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الخاصة، وبسبب طبيعة النشاط الذي تؤديه هذه المرافق دعا الفقه والقضاء إلى ضرورة تحرير هذه المرافق من الخضوع لقواعد القانون العام.

والأمثلة على هذه المرافق كثيرة ومنها مرفق النقل والمواصلات ومرفق توليد المياه والغاز ومرفق البريد.

وقد اختلف الفقه حول معيار تمييز المرافق العامة الاقتصادية عن المرافق العامة الإدارية وعلى النحو التالي:

أ- المعيار الشكلي

يعتمد هذا المعيار على أساس شكل المشروع أو مظهره الخارجي فإذا اتخذ المشروع شكل المشروعات الخاصة كما لو تمت إدارته بواسطة شركة فأنه مرفق اقتصادي ، وبعكس ذلك لو تمت

١٣ – د. سليمان محمد الطماوي–الوجيز في القانون الإداري– المصدر السابق– ص٣١٣.

إدارته بواسطة الإدارة أو تحت رقابتها وإشرافها وباستخدام أساليب السلطة العامة فهو مرفق عـام إداري.

ب- معيار الهدف.

اتجه هذا المعيار إلى التمييز بين المرافق الإدارية والمرافق الاقتصادية على أساس الغرض الذي يستهدفه المرفق، فالمرافق الاقتصادية تقوم بنشاط صناعي أو تجاري يهدف إلى تحقيق الربح مثلما هو الحال في المشروعات الخاصة.

في حين لا تسعى المرافق الإدارية إلى تحقيق الربح بل تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد.

غير أن هذا المعيار يتسم بالقصور من حيث أن الربح الذي تحققه المرافق الاقتصادية ليس الغرض الأساسي من إنشائها بل هو أثر من آثار الطبيعة الصناعية أو التجارية التي تمارسها فهي تستهدف أساساً تحقيق المنفعة العامة.[١٤]

كما أن المرافق الإدارية يمكن أن تحقق ربحاً من جراء ما تتقاضاه من رسوم تقوم بتحصيلها مقابل الخدمات التي تقدمها.

ج- معيار القانون المطبق

ذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين المرافق العامة الاقتصادية والمرافق العامة الإدارية على أساس النظام القانوني الذي يخضع له المرفق.

فإذا كان يخضع لأحكام القانون الخاص اعتبر المرفق اقتصادياً وعلى العكس من ذلك إذا كان يخضع لأحكام القانون العام فهو مرفق عام إداري.

غير أن هذا المعيار غير سليم ولا يتفق مع المنطق لأن المطلوب هو تحديد نوع المرفق العام قبل إخضاعه لنظام قانوني معين، وليس العكس أي أن خضوع المرفق الاقتصادي لقواعد القانون الخاص هو نتيجة لثبوت الصفة الاقتصادية للمرفق.

كما أن خضوع المرفق العام للقانون الخاص مجرد قرينة على أن هذا المرفق ذو صفة اقتصادية ولكن لا يمكن الاعتماد عليها بثبوت هذه الصفة قطعاً.[١٥]

د - معيار طبيعة النشاط :

ذهب رأي آخر من الفقه وهو الرأي الراجح إلى أن المرفق يكون اقتصادياً إذا كان النشاط الذي يقوم به يعد نشاطاً تجارياً بطبيعته طبقاً لموضوعات القانون التجاري، ويعتبر المرفق مرفقاً عاماً إدارياً إذا كان النشاط الذي يمارسه نشاطاً إدارياً ومما يدخل في نطاق القانون الإداري.

وقد أخذ بهذا الرأي جانب كبير من الفقهاء، ومع أن القضاء الإداري في فرنسا لم يعتمد معياراً واحداً منها وإنما أخذ بمعيار يقوم على فكرتين أو عنصرين:-

---

١٤ - ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ٢ / ٦ / ١٩٥٧ / مشار إليه سابقاً .

١٥ - د. محمود ابو السعود - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ١٨ .

العنصر الأول: ويعتمد على موضوع وطبيعة النشاط الذي يمارسه المرفق الاقتصادي الذي يتماثل مع النشاط الخاص.

العنصر الثاني: يتعلق بالأساليب وطرق تنظيم وتسيير المرفق في ظل ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الصناعية.(١٦)

أما بخصوص القانون الذي تخضع له المرافق الاقتصادية فقد استقر القضاء الإداري على أن تخضع لقواعد القانون الخاص في نشاطها ووسائل إدارتها، مع خضوعها لبعض قواعد القانون العام من قبيل انتظام سير المرافق العامة والمساواة بين المنتفعين بخدماتها وقابليتها للتغيير بما يتلائم مع المستجدات وتمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة اللازمة لحسن أدائها لنشاطها مثل نزع الملكية للمنفعة العامة، والاستيلاء المؤقت، وينعقد الاختصاص في هذا الجانب من نشاطها لاختصاص القضاء الإداري.

٣- المرافق المهنية:

وهي المرافق التي تنشأ بقصد توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخاصة بمهنة معينة، وتتم إدارة هذه المرافق بواسطة هيئات أعضائها ممن يمارسون هذه المهنة ويخولهم القانون بعض امتيازات السلطة العامة.مثل نقابات المهندسين والمحامين والأطباء وغيرها من النقابات المهنية الأخرى.

وقد ظهر هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية لمواجهة المشاكل التي كان يتعرض لها أصحاب هذه المهن والدفاع عنهم وحماية مصالحهم، لا سيما في فرنسا التي ظهرت فيها لجان تنظيم الإنتاج الصناعي عام١٩٤٠.

وتخضع هذه المرافق لنظام قانوني مختلط فهي تخضع لنظام القانون العام واختصاص القضاء الإداري في بعض المنازعات المتعلقة بنشاطها غير أن الجانب الرئيس من نشاطها يخضع لأحكام القانون الخاص.

فالمنازعات المتعلقة بنظامها الداخلي وعلاقة أعضائها بعضهم ببعض وشؤونها المالية تخضع للقانون الخاص ولاختصاص المحاكم العادية، أما المنازعات المتصلة بمظاهر نشاطها كمرفق عام وممارستها لامتيازات السلطة العامة فتخضع لأحكام القانون العام واختصاص القضاء الإداري.(١٧)

ومن ثم فإن المرافق المهنية تتفق مع المرافق العامة الاقتصادية من حيث خضوعها لنظام قانوني مختلط، غير أن نظام القانون العام يطبق بشكل أوسع في نطاق المرافق المهنية ويظهر ذلك في امتيازات القانون العام التي يمارسها المرفق، في حين ينحصر تطبيقه في مجال تنظيم المرفق في المرافق الاقتصادية.

١٦- *De laudere – OP Cit P. 649 .*

١٧ -د.محمود محمد حافظ -المصدر السابق - ص ٧٨ .

ثانياً : المرافق من حيث استقلالها

تنقسم المرافق العامة من حيث استقلالها إلـى مرافـق تتمتـع بالشخـصية المعنويـة أو الاعتبارية ومرافق لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

١- المرافق العامة التي تتمتع بالشخصية المعنوية : وهي المرافق التي يعترف لها قرار إنـشائها بالشخصية المعنوية ويكون لها كيان مستقل كمؤسسة عامة مع خضوعها لقـدر مـن الرقابـة أو الوصاية الإدارية.

٢- المرافق العامة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية: وهي المرافق التي لا يعتـرف لهـا قـرار إنشائها بالشخصية المعنوية ويتم إلحاقها بأحد أشخاص القانون العـام كالدولـة أو الـوزارات أو المحافظات، وهي الغالبية العظمى من المرافق العامة وتكون تابعة لها.

وتبدو أهمية هذا التقسيم في مجال الاستقلال المالي والإداري وفي مجـال المـسؤولية، إذ تملك المرافق العامة المتمتعة بالشخصية المعنوية قدراً كبيراً من الاستقلال الإداري والمالي والفني في علاقتها بالسلطة المركزية مع وجود قدر من الرقابة كما أوضحنا، غير أن هذه الرقابة لا يمكن مقارنتها بما تخضع له المرافق غير المتمتعة بالشخصية المعنوية من توجيه وإشراف مباشرين من السلطات المركزية،أما من حيث المسؤولية فيكون المرفق المتمتع بالشخـصية المعنويـة مـستقلاً ومسؤولاً عن الأخطاء التي يتسبب في إحداثها للغير في حين تقع هذه المسؤولية علـى الـشخص الإداري الذي يتبعه المرفق العام في حالة عدم تمتعه بالشخصية المعنوية.

ثالثاً: المرافق العامة من حيث نطاق نشاطها

تنقسم المرافق العامة من حيث نطاق أو مجال عملها إلى مرافق قومية ومرافق محلية.

١- المرافق القومية

يقصد بالمرافق القومية تلك المرافق التي يتسع نشاطها ليشمل كل أقليم الدولـة. كمرفـق الدفاع ومرفق القضاء ومرفق الصحة، ونظراً لعمومية وأهمية النشاط الذي تقدمه هـذه المرافـق فأنها تخضع لإشراف الإدارة المركزية في الدولة من خلال الوزارات أو ممثليها أو فروعهـا فـي المدن، ضماناً لحسن أداء هذه المرافق لنشاطها وتحقيقاً للمساواة في توزيع خدماتها.

وتتحمل الدولة المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب فيها المرافق القوميـة بحكـم إدارتها لها والإشراف على شؤونها.

٢- المرافق المحلية

ويقصد بها المرافق التي يتعلق نشاطها بتقديم خدمات لمنطقة محددة أو إقليم معـين مـن أقاليم الدولة،ويعهد بإدارتها إلى الوحدات المحلية، كمرفق النقل،أو مرفق توزيع المياه أو الكهرباء وغيرها من المرافق التي تشبع حاجات محلية.

وتتميز المرافق المحلية بالاختلاف والتنوع في أساليب إدارتها بحكم اختلاف وتنوع حاجات كل وحدة محلية أو إقليم تمارس نشاطها فيه كما أن المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب بإحداثها المرافق المحلية أو موظفيها ويتحملها الشخص المعنوي المحلي أو الإقليمي.(١٨)

رابعاً : المرافق العامة من حيث مدى الالتزام بإنشائها

تنقسم المرافق العامة من حيث حرية الإدارة في إنشائها إلى مرافق اختيارية وأخرى إجبارية:-

١- المرافق الاختيارية.

الأصل في المرافق العامة أن يتم إنشائها بشكل اختياري من جانب الدولة. وتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت ومكان إنشاء المرفق ونوع الخدمة أو النشاط الذي يمارسه وطريقة إدارته.

ومن ثم لا يملك الأفراد إجبار الإدارة على إنشاء مرفق عام معين ولا يملكون الوسائل القانونية التي يمكنهم حملها على إنشاء هذا المرفق أو مقاضاتها لعدم إنشائها له. ويطلق الفقه على المرافق العامة التي تنشئها الإدارة بسلطتها التقديرية اسم المرافق العامة لاختيارية(١٩).

٢- المرافق العامة الإجبارية:

إذا كان الأصل أن يتم إنشاء المرافق العامة اختيارياً فأن الإدارة استثناء تكون ملزمة بإنشاء بعض المرافق العامة عندما يلزمها القانون أو جهة إدارية أعلى بإنشائها ومثال ذلك إنشاء الإدارة لمرفق الأمن والصحة فهي مرافق إجبارية بطبيعتها وتهدف لحماية الأمن والصحة العامة وغالباً ما تصدر القوانين بإنشائها.

المطلب الثالث : إنشاء وإلغاء المرافق العامة

نعرض في هذا المطلب المبادئ المتعلقة بإنشاء وإلغاء المرافق العامة.

---

١٨ - ينظر في هذا الشأن :

د. منير شلبي – المرفق المحلي – رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٧٧ .

د. صبيح بشير مسكوني – مبادئ القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣١٩ .

د. أنور أحمد رسلان – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٢١٦ .

د. محمد أنس قاسم جعفر – الوسيط في القانون العام – المصدر السابق – ص ١٩٩ .

د. د.محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص ١٣٨ .

د. محمد مختار عثمان – المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجماهيرية – المصدر السابق ص ١٦٨.

١٩ - د.محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص ١٣٨ .

و د.محمد مختار عثمان – المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجماهيرية – المصدر السابق ص ١٦٨.

أولاً : إنشاء المرافق العامة :

عندما تجد السلطة المختصة أن حاجة الجمهور تقتضي إنشاء مرفقاً عاماً لإشباعها ويعجز الأفراد عن ذلك، فإنها تتدخل مستخدمة وسائل السلطة العامة وتنشئ المرفق العام.

وحيث إن إنشاء المرافق العامة يتضمن غالباً المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم لاعتمادها أحياناً على نظام الاحتكار الذي يمنع الأفراد من مزاولة النشاط الذي يؤديه المرفق وفي أحيان أخرى يقيدهم بممارسة نشاطات معينة بحكم تمتع المرافق العامة بوسائل السلطة العامة وامتيازاتها التي تجعل الأفراد في وضع لا يسمح لهم بمنافسة نشاطات هذه المرافق ولأن إنشاء المرافق العامة يتطلب اعتمادات مالية كبيرة في الميزانية لمواجهة نفقات إنشاء هذه المرافق وإدارتها.

فقد درج الفقه والقضاء على ضرورة أن يكون إنشاء المرافق العامة بقانون أو بناء على قانون صادر من السلطة التشريعية أي أن تتدخل السلطة التشريعية مباشرة فتصدر قانوناً بإنشاء المرفق أو أن تعهد بسلطة إنشاء المرفق إلى سلطة أو هيئة تنفيذية.

وكان هذا الأسلوب سائداً في فرنسا حتى عام ١٩٥٨ عندما صدر الدستور الفرنسي دون أن يذكر أن إنشاء المرافق العامة ضمن الموضوعات المحجوزة للقانون، وأصبح إنشاء هذه المرافق في اختصاص السلطة التنفيذية دون تدخل من جانب البرلمان إلا في حدود الموافقة على الاعتمادات المالية اللازمة لإنشاء المرفق(٢٠).

مع ضرورة التنبيه إلى أن إنشاء المرافق العامة يتم بأسلوبين:

الأول: أن تقوم السلطة المختصة بإنشاء المرفق ابتداءً.

والثاني: أن تعمد السلطة إلى نقل ملكية بعض المشروعات الخاصة إلى الملكية العامة، كتأميمها لاعتبارات المصلحة العامة مقابل تعويض عادل.

ثانياً : إلغاء المرافق العامة

بينا أن الأفراد لا يملكون إجبار الإدارة على إنشاء المرافق العامة ولا يستطيعون إجبارها على الاستمرار في تأدية خدماتها إذا ما قدرت السلطة العامة إن إشباع الحاجات التي يقدمها المرفق يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق العام أو لاعتبارات أخرى تقدرها هي وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة.

والقاعدة أن يتم الإلغاء بنفس الأداة التي تقرر بها الإنشاء، فالمرفق الذي تم إنشاؤه بقانون لا يتم إلغاؤه إلا بنفس الطريقة وإذا كان إنشاء المرفق بقرار من السلطة التنفيذية فيجوز أن يلغى بقرار إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

---

٢٠ – أنظر : د. محمود ابو السعود – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٢٩ .

د.محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص ١١٢ .

د. عثمان خليل – مذكرات في المرافق العامة – المصدر السابق – ٦١ .

وعندما يتم إلغاء المرفق العام فإن أمواله تضاف إلى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغائه، فإن لم ينص على ذلك ، فإن أموال المرفق تضاف إلى أموال الشخص الإداري الذي كان يتبعه هذا المرفق.

أما بالنسبة للمرافق العامة التي يديرها أشخاص معنوية عامة مستقلة فإن مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر هذه الأموال كأن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية الأخرى فيتم منحها لها.

أما إذا كان مصدرها تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة فإن هذه الأموال تؤول إلى أحد المرافق العامة التي تستهدف نفس غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرضاً مقارباً له، احتراماً لإرادة المتبرعين. (٢١)

المبحث الثاني

المبادئ التي تحكم المرافق العامة

تخضع المرافق العامة لمجموعة من المبادئ العامة التي استقر عليها القضاء والفقه والتي تضمن استمرار عمل هذه المرافق وأدائها لوظيفتها في إشباع حاجات الأفراد، وأهم هذه المبادئ مبدأ استمرار سير المرفق العام ومبدأ قابلية المرفق للتغيير ومبدأ المساواة بين المنتفعين.

المطلب الأول : مبدأ استمرار سير المرفق العام

تتولى المرافق العامة تقديم الخدمات للأفراد وإشباع حاجات عامة وجوهرية في حياتهم ويترتب على انقطاع هذه الخدمات حصول خلل واضطراب في حياتهم اليومية.

لذلك كان من الضروري أن لا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة بل تسعى إلى ضمان استمرارها وتقديمها للخدمات، لذلك حرص القضاء على تأكيد هذا المبدأ واعتباره من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري ومع أن المشرع يتدخل في كثير من الأحيان لإرساء هذا المبدأ في العديد من مجالات النشاط الإداري، فإن تقريره لا يتطلب نص تشريعي لأن طبيعة نشاط المرافق العامة تستدعي الاستمرار والانتظام.

ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج منها: تحريم الإضراب، وتنظيم استقالة الموظفين العموميين ونظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة ، وعدم جواز الحجز على أموال المرفق.

أولاً : تحريم الإضراب

يقصد بالإضراب توقف بعض أو كل الموظفين في مرفق معين عن أداء أعمالهم لمدة معينة كوسيلة لحمل الإدارة على تلبية طلباتهم دون أن تنصرف نيتهم إلى ترك العمل نهائياً.

---

٢١ -د.محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص١٢٩ .

وللإضراب نتائج بالغة الخطورة على سير العمل في المرفق وقد تتعدى نتائجه إلى الأضرار بالحياة الاقتصادية والأمن في الدولة وليس هناك موقف موحد بشأن الإضراب، ومدى تحريمه فهناك من الدول التي تسمح به في نطاق ضيق. (٢٢)

غير أن أغلب الدول تحرمه وتعاقب عليه ضماناً لدوام استمرار المرافق العامة.

ثانيا : تنظيم الاستقالة

في تطبيقات هذا المبدأ تنظيم استقالة الموظفين بعدم جواز إنهائهم خدمتهم بإرادتهم عن طريق تقديم طلب يتضمن ذلك قبل قبوله لما يؤدي إليه هذا التصرف من تعطيل العمل في المرفق.

ثالثاً: الموظف الفعلي

يقصد بالموظف الفعلي ذلك الشخص الذي تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفية عامة متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص. (٢٣)

ولا شك أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولون وظيفة عامة بصورة غير قانونية لأنهم يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعتبر باطلة. (٢٤)

غير أنه استثناء على هذه القاعدة وحرصاً على دوام استمرار سير المرافق العامة في ظروف الحروب والثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق دون أذن من السلطة اعترف القضاء والفقه ببعض الآثار القانونية للأعمال الصادرة منهم كموظفين فعليين، فتعتبر الأعمال الصادرة عنهم سليمة ويمنحون مرتباً لقاء أدائهم لعملهم إذا كانوا حسنى النية.

رابعاً : نظرية الظروف الطارئة

تفترض نظرية الظروف الطارئة أنه إذا وقعت حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وخارجه عن إرادة المتعاقد وكان من شأنها أن تؤدي إلى إلحاق خسائر غير مألوفة وإرهاق للمتعاقد مع الإدارة فان للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاق المتعاقد وتتحمل بعض عبئ هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من

---

٢٢ – من الدول التي تقر حق الإضراب للموظفين فرنسا وكندا والمكسيك ومن الدول التي تحرمه بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وبلجيكا.

المزيد ينظر د. محمد أنس قاسم جعفر –الوسيط في القانون العام – المصدر السابق –ص ٢٠٤ .

د. ناصف هلال – إضراب العاملين بين الإجازة والتحريم رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٤ و د.عبد المنعم فهمي مصطفى – عمال الإدارة وحرية الرأي – رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٧٧ .

٢٣ – د. ماجد راغب الحلو – نظرية الظاهر في القانون الإداري – مجلة الحقوق والشريعة الكويتية –س٤ ع١ ١٩٨٠ –ص ٥٨ .

٢٤ – د. مازن ليلو راضي – الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ٢٠٠٢ – ص ١٠٤ .

د. زهدي يكن – القانون الإداري – المكتبة العصرية – بيروت – ص ٣٨٦.

د. عبد الحميد كمال حشيش – دراسات في الوظيفة العامة – دار النهضة العربية ١٩٧٧ – ص ٢٣٩ .

الاستمرار بتنفيذ العقد فإن لم يحصل هذا الاتفاق فإن للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد تعويضاً مناسباً.

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي،أقرها خروجاً على الأصل في عقود القانون الخاص التي تقوم على قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ضماناً لاستمرار سير المرافق العامة وللحيلولة دون توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته وتعطيل المرافق العامة.

خامساً: عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام .

خلافاً للقاعدة العامة التي تجيز الحجز على أموال المدين الذي يمتنع عن الوفاء بديونه، لا يجوز الحجز على أموال المرافق العامة وفاءً لما يتقرر للغير من ديون في مواجهتها لما يترتب على ذلك من تعطيل للخدمات التي تؤديها.

ويستوي في ذلك أن تتم إدارة المرافق العامة بالطريق المباشر أو أن تتم إدارتها بطريق الالتزام مع أن أموال المرفق في الحالة الأخيرة تكون مملوكة للملتزم، فقد استقرت أحكام القضاء على أنه لا يجوز الحجز على هذه الأموال تأسيساً على مبدأ دوام استمرار المرافق العامة ولأن المرافق العامة أياً كان أسلوب أو طريقة إدارتها تخضع للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة. (٢٥)

المطلب الثاني : مبدأ قبلية المرفق للتغيير

إذا كانت المرافق العامة تهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد وكانت هذه الحاجات متطورة ومتغيرة باستمرار فإن الإدارة المنوط بها إدارة وتنظيم المرافق العامة تملك دائماً تطوير وتغيير المرفق من حيث أسلوب إدارته وتنظيمه وطبيعة النشاط الذي يؤديه بما يتلاءم مع الظروف والمتغيرات التي تطرأ على المجتمع ومسايرة لحاجات الأفراد المتغيرة باستمرار ومن تطبيقات هذا المبدأ أن من حق الجهات الإدارية القائمة على إدارة المرفق كلما دعت الحاجة أن تتدخل لتعديل بإدارتها المنفردة لتعديل النظم واللوائح الخاصة بالمرفق أو تغييرها بما يتلاءم والمستجدات دون أن يكون لأحد المنتفعين الحق في الاعتراض على ذلك والمطالبة باستمرار عمل المرافق بأسلوب وطريقة معينة ولو أثر التغيير في مركزهم الشخصي.

وقد استقر القضاء والفقه على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرافق العامة أياً كان أسلوب إدارتها بطريق الإدارة المباشرة أم بطريق الالتزام.

كما أن علاقة الإدارة بالموظفين التابعين لها في المرافق علاقة ذات طبيعة لائحية. فلها دون الحاجة إلى موافقتهم نقلهم من وظيفة إلى أخرى أو من مكان إلى أخر تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

ومن تطبيقات هذا المبدأ أيضاً حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد "بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين " إذ أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وتعلقها

---

٢٥ –د. سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣٧٧.

بتحقيق المصلحة العامة، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تتقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغير المستمر في المرافق التي تديرها.(٢٦)

وسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية أثناء تنفيذها تشمل العقود الإدارية جميعها دونما حاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد وقد اعترف القضاء والفقه بهذه الفكرة ولاقت القبول تأسيساً على أن طبيعة احتياجات المرافق العامة المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بتعديل بعض نصوص العقد، على أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات المالية.

وفي هذا الاتجاه يذكر الدكتور"سليمان الطماوي" إن الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والمرفق العام يقبل التغير في كل وقت متى ثبت أن التغير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة. (٢٧)

المطلب الثالث: مبدأ المساواة بين المنتفعين

يقوم هذا المبدأ على أساس التزام الجهات القائمة على إدارة المرافق بأن تؤدي خدماتها لكل من يطلبها من الجمهور ممن تتوافر فيهم شروط الاستفادة منها دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي.

ويستمد هذا المبدأ أساسه من الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق التي تقتضي بمساواة الجميع أمام القانون ولا تمييز بين أحد منهم.

غير أن المساواة أمام المرافق العامة مساواة نسبية وليست مطلقة، ومن مقتضياتها أن تتوافر شروط الانتفاع بخدمات المرفق فيمن يطلبها، وأن يتواجد الأفراد في المركز الذي يتطلبه القانون والقواعد الخاصة بتنظيم الانتفاع بخدمات المرفق ثم يكون لهم الحق بالمعاملة المتساوية سواء في الانتفاع بالخدمات أو في تحمل أعباء هذا الانتفاع.

وبمعنى أخر على الإدارة أن تحترم مبدأ المساواة بين المنتفعين متى تماثلت ظروفهم وتوافرت فيهم شروط الانتفاع التي حددها القانون ، أما إذا توافرت شروط الانتفاع في طائفة من الأفراد دون غيرهم فإن للمرفق أن يقدم الخدمات للطائفة الأولى دون الأخرى أو أن يميز في المعاملة بالنسبة للطائفتين تبعاً لاختلاف ظروفهم كاختلاف رسوم مرفق الكهرباء والمياه بالنسبة لسكان المدينة وسكان القرى.

٢٦ – للمزيد ينظر :

د. مازن ليلو راضي – العقود الإدارية – في القانون الليبي ا دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ٢٠٠٢ ص ١٠٧ وما بعدها .

٢٧ – د. سليمان محمد الطماوي – الأسس العامة في العقود الإدارية– دار الفكر العربي ١٩٨٤– ص ٤٢٧.

ومع ذلك فإن هذا المبدأ لا يتعارض مع منح الإدارة بعض المزايا لطوائف معينة من الأفراد لاعتبارات خاصة كالسماح للعجزة أو المعاقين بالانتفاع من خدمات مرفق النقل مجاناً أو بدفع رسوم مخفضة أو إعفاء أبناء الشهداء من بعض شروط الالتحاق بالجامعات.

أما إذا أخلت الجهة القائمة على إدارة المرفق بهذا المبدأ وميزت بين المنتفعين بخدماته فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الجهة المشرفة على إدارة المرفق على احترام القانون، إذا كان المرفق يدار بواسطة ملتزم،فإن امتنعت الإدارة عن ذلك أو كان المرفق يدار بطريقة مباشرة فإن من حق الأفراد اللجوء إلى القضاء طالبين إلغاء القرار الذي أخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين وإذا أصابهم ضرر من هذا القرار فإن لهم الحق في طلب التعويض المناسب.

المبحث الثالث

طرق إدارة المرافق العامة

تختلف طرق إدارة المرافق العامة تبعاً لاختلاف وتنوع المرافق وطبيعة النشاط الذي تؤديه، وأهم هذه الطرق هي الاستغلال المباشر أو الإدارة المباشرة وأسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة وأسلوب الالتزام وأخيراً الإدارة أو الاستغلال المختلط [٢٨].

المطلب الأول : الإدارة المباشرة

يقصد بهذا الأسلوب أن تقوم الإدارة مباشرة بإدارة المرفق بنفسها سواء أكانت سلطة مركزية أم محلية مستخدمة في ذلك أموالها وموظفيها ووسائل القانون العام ولا يتمتع المرفق الذي يدار بهذه الطريقة بشخصية معنوية مستقلة.

ويترتب على ذلك أن يعتبر موظفي المرافق التي تدار بهذا الأسلوب موظفين عموميين وتعد أموال المرفق أموالاً عامة تتمتع بالحماية القانونية المقررة للمال العام.

وتتبع هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة الإدارية القومية بصفة أساسية ويرجع ذلك إلى أهمية هذه المرافق واتصالها بسيادة الدولة كمرفق الأمن والدفاع والقضاء ، وفي الوقت الحاضر أصبحت الكثير من المرافق الإدارية تدار بهذه الطريقة وكذلك بعض المرافق الصناعية والتجارية متى وجدت الإدارة أن من المناسب عدم ترك إدارتها لأشخاص القانون الخاص.

---

٢٨ – ينظر في طرق إدارة المرافق العامة .

د. عبدالغني بسيوني – القانون الإداري –المصدر السابق – ص ٤٣١.

د طعيمة الجرف – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٢٧٢ .

د. محمود ابو السعود – القانون الإداري – المصدر السابق – ص٥٣ .

د. صبيح بشير مسكوني – مبادئ القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣٢١ .

د. سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣٢٠.

ولا شك أن هذا الأسلوب يسمح للإدارة بالإدارة المباشرة لنشاط المرفق ويوفر المقدرة المالية والفنية والحماية القانونية واستخدام أساليب السلطة العامة مما لا يتوفر لدى الأفراد. لكن الإدارة المباشرة منتقدة من حيث أن الإدارة عندما تقوم بالإدارة المباشرة للمرفق تتقيد بالنظم واللوائح والإجراءات الحكومية التي تعيق هذه المرافق عن تحقيق أهدافها في أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة. (٢٩)

غير أننا نرى أن هذا الأسلوب مهم بالنسبة للمرافق الإدارية القومية بالنظر لخطورتها وتعلقها بسيادة وأمن الدولة والتي لا يمكن أن تدار بأسلوب أخر، والمرافق الإدارية التي يعزف عن إدارتها الأفراد لانعدام أو قلة أرباحها.

المطلب الثاني : أسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة

قد يلجأ المشرع إلى أسلوب آخر لإدارة المرافق العامة، فيمنح إدارتها إلى أشخاص عامة تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة ويسمح لها باستخدام وسائل القانون العام ويكون موظفيها موظفين عموميين وأموالها أموالاً عامة وأعمالها أعمالاً إدارية.

ويطلق على هذه الأشخاص الإدارية الهيئات العامة إذا كان نشاط المرفق الذي تديره تقديم خدمات عامة و يطلق عليها المؤسسات العامة إذا كان الموضوع نشاط المرفق تجارياً أو صناعياً أو زراعياً أو مالياً.

كما تتميز الهيئات العامة عن المؤسسات العامة من حيث أن المؤسسات العامة لها ميزانية مستقلة لا تلحق في الغالب بالميزانية العامة للدولة وتوضع ميزانيتها على نمط المشاريع الاقتصادية والتجارية وتكون أموالها مملوكة للدولة ملكية خاصة، في حين تعد أموال الهيئات العامة أموالاً عامة وتلحق ميزانيتها بميزانية الدولة.

كذلك تتميز رقابة الدولة على الهيئات العامة بأنها أكثر اتساعاً من رقابتها على المؤسسات العامة نظراً لطبيعة نشاط الهيئات العامة وتعلقه بتقديم الخدمات العامة (٣٠).

المطلب الثالث : التزام أو امتياز المرافق العامة

٢٩- *Jean Rivero, droit administratif. Dalloz 1977. P 443 .*

– De laubadere –Traite dedroit adminstratif, 1984. P 665 .

٣٠ – ينظر بشأن التمييز بين الهيئات والمؤسسات العامة .

د. سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣٣١ وما بعدها .

د طعيمة الجرف –القانون الإداري– المصدر السابق– ص٢٧٢ وما بعدها؛ محمد مختار عثمان– المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجماهيرية–المصدر السابق ص١٨٦وما بعدها؛ ماجد راغب الحلو –القانون الإداري– المصدر السابق – ص٤٠١ وما بعدها؛ محمود أبو السعود –القانون الإداري– المصدر السابق– ص٥٧ وما بعدها.

بمقتضى هذه الطريقة تتعاقد الإدارة مع فرد أو شركة لإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة الاقتصادية لمدة محددة بأمواله وعمالة وأدواته وعلى مسئوليته مقابل التصريح له بالحصول على الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق وفق ما يسمى بعقد التزام المرافق العامة أو عقد الامتياز.

وقد استقر القضاء والفقه على اعتبار عقد الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشمل على نوعين من النصوص[٣١]، الأول منه يتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق أما النوع الثاني من النصوص فيسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" ، ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام و الالتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوب تقديم الخدمات للمنتفعين.

٣١ – اتجه فريق من الفقهاء الألمان إلى القول بأن الالتزام عمل من جانب واحد هو الإدارة وأن آثاره لا تنشأ عن عقد وإنما عن أمر انفرادي تصدره السلطة بإرادتها المنفردة، وتملك تعديله أو إلغائه. في حين اتجه فريق من الفقهاء في فرنسا إلى اعتبار عقدا الالتزام من عقود القانون الخاص قبل أن يستقر القضاء على اعتباره عقداً إدارياً ذو طبيعة خاصة. للمزيد ينظر مؤلف الدكتوراه عزيز الشريف – دراسات العقد الإداري – موسوعة القضاء والفقه – العدد ٥٣ ص ٧٦

وعلى أي حال فإن المرفق العام الذي يدار بهذا الأسلوب يتمتع بذات امتيازات المرافق العامة الأخرى كونه يهدف إلى تحقيق النفع العام ، فهو يخضع لنفس المبادئ الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة وهي مبدأ إقرار سير المرافق بانتظام واطراد ومبدأ قابلية المرفق للتعديل ومبدأ المساواة في الانتفاع بخدمات المرفق، كما يتمتع الملتزم بحق شغل الدومين العام أو طلب نزع الملكية للمنفعة العامة.

غير أن من يعمل في المرفق الذي يدار بهذا الأسلوب لا يعد موظفاً عاماً بل يخضع في علاقته بالملتزم لأحكام القانون الخاص، وتمارس الإدارة في مواجهة الملتزم سلطة الرقابة والإشراف على ممارسة عمله وفقاً لشروط العقد والقواعد الأساسية لسير المرافق العامة، على أن لا تصل سلطة الإدارة في الرقابة حداً يغير من طبيعة الالتزام ، وتعديل جوهرة أو أن تحل محل الملتزم في إدارة المرفق وإلا خرج عقد الالتزام عن مضمونه وتغير استغلال المرفق إلى الإدارة المباشرة.(٣٢)

غير أن الإدارة تملك إنهاء عقد الالتزام قبل مدته بقرار إداري ولو لم يصدر أي خطأ من الملتزم كما قد يصدر الاسترداد بموجب قانون حيث تلجأ الإدارة إلى المشرع لإصدار قانون باسترداد المرفق وإنهاء الالتزام وهو ما يحصل غالباً عند التأميم. وفي الحالتين للملتزم الحق في المطالبة بالتعويض.

وفي مقابل إدارة الملتزم للمرفق العام وتسييره يكون له الحق بالحصول على المقابل المالي المتمثل بالرسوم التي يتقاضاها نظير الخدمات التي يقدمها للمنتفعين كما يكون له الحق في طلب الإعفاء من الرسوم الجمركية ومنع الأفراد من مزاولة النشاط الذي يؤديه المرفق.

المطلب الرابع : الاستغلال المختلط

يقوم هذا الأسلوب على أساس اشتراك الدولة أو أحد الأشخاص العامة مع الأفراد في إدارة مرفق عام.

ويتخذ هذا الاشتراك صورة شركة مساهمة تكتتب الدولة في جانب من أسهمها على أن يساهم الأفراد في الاكتتاب بالجزء الأخر.

وتخضع هذه الشركة إلى أحكام القانون التجاري مع احتفاظ السلطة العامة بوصفها ممثلة للمصلحة العامة بالحق في تعيين بعض أعضاء مجلس الإدارة وأن يكون الرأي الأعلى لها في هذا المجلس ويأتي هذا من خلال الرقابة الفعالة التي تمارسها الدولة أو الشخص العام المشارك في هذه الشركة على أعمالها وحساباتها.

وتتم إدارة المرفق إدارة مختلطة من ممثلي الإدارة و توفر هذه الطريقة نوع من التعاون بين الأفراد والسلطة العامة في سبيل الوصول إلى إدارة ناضجة وربح معقول.(٣٣)

---

٣٢ – د.مازن ليلو راضي – العقود الإدارية – المصدر السابق – ص ٦١ وما بعدها.

٣٣ – د. عبد الغني بسيوني – القانون الإداري –المصدر السابق – ص ٤٢٩.

وقد انتشرت شركات الاقتصاد المختلط في كثير من الدول الأوربية كوسيلة لإدارة المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي لا سيما فرنسا في إدارة مرافق النقل والطاقة لما يحققه هذا الأسلوب في فائدة تتمثل في تخليص المرافق العامة من التعقيدات والإجراءات الإدارية التي تظهر في أسلوب الإدارة المباشرة، كما أنه يخفف العبء عن السلطة العامة ويتيح لها التفرغ لإدارة المرافق العامة القومية، ويساهم في توظيف رأس المال الخاص لما يخدم التنمية الاقتصادية.

المحاضرة الخامسة

المرفق العام

يعد المرفق العام المظهر الإيجابي لنشاط الإدارة وتتولاه الإدارة بنفسها أو بالاشتراك مع الأفراد ، وتسعى من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة. وتعد فكرة المرافق العامة من أهم موضوعات القانون الإداري وترد إليها معظم النظريات والمبادئ التي ابتدعها القضاء الإداري كالعقود الإدارية والأموال العامة والوظيفة العامة.

ونبين في هذا الجزء من الدراسة مفهوم المرفق العام والمبادئ التي تحكم المرافق العامة وأخيراً طرق إدارة المرافق العامة وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول : ماهية المرفق العام .
المبحث الثاني : المبادئ التي تحكم المرافق العامة .
المبحث الثالث : طرق إدارة المرافق العامة .

المبحث الأول

ماهية المرفق العام

البحث في ماهية المرفق العام يستدعي منا أن نبين تعريفه وعناصره، ثم نستعرض أنواع المرافق العامة ونوضح أخيراً إنشاء وإلغاء هذه المرافق.

المطلب الأول : تعريف وعناصر المرفق العام

ليس من السهل تعريف المرفق العام، ولعل صعوبة تعريفه تعود إلى أن عبارة المرفق العام مبهمة ولها معنى عضوي و آخر موضوعي[1]

المعنى العضوي ويفيد المنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة، ويتعلق هذا التعريف بالإدارة أو الجهاز الإداري. أما المعنى الموضوعي فيتعلق بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة.

وعلى ذلك يمكن القول بأن المرفق العام هو في حالة السكون المنظمة التي تقوم بنشاط معين، أما في حالة الحركة فهو النشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات عامة بغض النظر عن الجهة التي تؤديه.

وقد تراوح التعريف بين هذين المعنيين فقد أكد بعض الفقهاء على العنصر العضوي للمرفق العام، بينما تناوله البعض الآخر من الناحية الوظيفية أو الموضوعية ، وبعد أن كان القضاء الإداري في فرنسا ومصر يتبنى المعنى العضوي، تطورت أحكامه للجميع بين المعنيين، ثم

---

١ - ريمون اودان- النزاع الإداري-ترجمة سيدي الضياف-مركز النشر الجامعي - تونس ٢٠٠٠ - ص ٣١٦. للمزيد ينظر : د. محمود محمد حافظ - نظرية المرفق العام - دار النهضة العربية -١٩٨١-١٩٨٢- ص[illegible]؛ د. محمد فؤاد مهنا -القانون الإداري المصري والمقارن- ج١. ص٨٩ وما بعدها؛ د. ثروت بدوي -مبادئ القانون الإداري ١٩٦٨- ص٨٠ وما بعدها؛ د. عثمان خليل عثمان-في نظرية المرافق العامة- القاهرة ١٩٥٨- ص٢٤٥؛ د. توفيق شحاته-مبادئ القانون الإداري- ص٣٧٨ وما بعدها؛ د. سليمان محمد الطماوي-الأسس العامة في العقود الإدارية - ص٦٥ وما بعدها.

استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به لأخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام.(٢)

وفي ذلك يعرف الأستاذ "رفيرو" المرفق العام بمعناه الوظيفي بأنه نشاط يهدف إلى تحقيق الصالح العام.(٣)

ويعرفه الدكتور طعيمة الجرف بأنه " نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيهها ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور".(٤)

وفي الحقيقة يمكن الجمع بين المعنى العضوي والوظيفي للوصول إلى تعريف سليم للمرفق العام لوجود التقاء بين المعنيين، عندما تسعى الهيئات العامة التابعة لشخص من أشخاص القانون العام إلى تحقيق النفع العام وإشباع حاجات الأفراد، وهذا يحصل دائماً في المرافق العامة الإدارية.

غير أن تطور الحياة الإدارية، والتغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي تقوم عليها فكرة المرافق العامة أدى إلى ظهور المرافق العامة الاقتصادية أو التجارية التي يمكن أن تدار بواسطة الأفراد أو المشروعات الخاصة مما قاد إلى انفصال العنصر العضوي عن الموضوعي وأصبح من حق الإدارة أن تنظم نشاط معين في صورة مرفق عام وتعهد به إلى الأفراد فيتوافر فيه العنصر الموضوعي دون العضوي.

وقد اعترف مجلس الدولة في فرنسا للمرافق الاقتصادية والتجارية بصفة المرفق العام، بل أطلق هذه الصفة على بعض المشروعات الخاصة ذات النفع العام التي تخضع لترخيص أداري مقيد ببعض الشروط، وفق ما يعرف بفكرة المرافق العامة الفعلية.(٥)

وفي الاتجاه ذاته اعترف القضاء الإداري في مصر للمرافق الاقتصادية بصفة المرافق العامة وأخضعها لنظام القانون العام. (٦)

---

٢ – حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري ١٤ / ٣٨ ف بتاريخ ١٦ – ٥ ١٩٩٣م.م.ع العددان الثالث والرابع لسنة الثامنة والعشرون – ص ٤٥.

٣- *Rivero(J), Precis de droit advinistratif, paris 1970-P447*

٤– د طعيمة الجرف – القانون الإداري – ١٩٨٥ – ص ٥٣ .

٥ – محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص ١٦ .

٦ – قضت محكمة القضاء الإداري في مصر ((.. أن التطور الحديث في الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعي والتجاري مع أنه يعمل لتحقيق الربح ولكن الواقع من الأمر أن الهدف الرئيسي لمثل هذه المرافق ليس تحقيق الربح الذي يحققه إلا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية أو تجارية كما أن من صفات المرفق أيضاً أن يخضع في إدارته للسلطة الحاكمة، بمعنى أن تكون الكلمة النهائية في إدارة المشروع وتنظيمه للسلطة العامة وأن يكون لها على الأقل الرأي النهائي فيما يتعلق بالمشروع. هذا إلى جانب أن المرافق العامة تخضع لنظام قانوني خاص

عناصر المرفق العام

من التعريف السابق يتضح أن هناك ثلاثة عناصر يجب توافرها حتى يكتسب المشروع صفة المرفق العام ويعود العنصر الأول إلى الهدف الموكل إلى المرفق الذي يقوم بالنشاط والثاني ارتباط المشروع بالإدارة ورقابتها لسير العمل فيه وأخيراً استخدام امتيازات السلطة العامة.

أولاً: عنصر الهدف -

لابد أن يكون الغرض من المرفق العام تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد أو تقديم خدمة عامة، وهذه الحاجات أو الخدمات قد تكون مادية كمد الأفراد بالمياه والكهرباء أو معنوية كتوفير الأمن والعدل للمواطنين.

وعلى ذلك يعد تحقيق النفع العام من أهم العناصر المميزة للمرفق العام عن غيره في المشروعات التي تستهدف تحقيق النفع الخاص أو تجمع بين هذا الهدف وهدف إشباع حاجة عامة أو نفع عام.

ومع ذلك فإن تحقيق بعض المرافق العامة للربح لا يعني حتماً فقدها صفة المرفق العام، طالما أن هدفها الرئيس ليس تحقيق الربح، وإنما تحقيق النفع العام كما أن تحصيل بعض المرافق لعوائد مالية لقاء تقديمها الخدمات إلى المواطنين كما هو الحال بالنسبة لمرفق الكهرباء والقضاء لا يسعى لكسب عوائد مالية بقدر ما يعد وسيلة لتوزيع الأعباء العامة على كل المواطنين.(٧)

ومع ذلك فان هدف المنفعة العامة الذي اعترف القضاء الإداري به عنصراً من عناصر المرفق العام لا يمكن تحديده بدقة، فهذا الهدف قابل للتطور ويتوقف على تقدير القاضي إلى حد كبير.

وفي هذا السبيل ذهب جانب من الفقه إلى أن الذي يميز المرفق العام، أن المشروعات التي تنشئوها الدولة تعتبر مرافق عامة لأنها تستهدف تحقيق وجهاً من وجوه النفع العام الذي عجز الأفراد وأشخاص النشاط الخاص عن القيام بها، أولا يستطيعون القيام بها على أكمل وجه.(٨)

إلا أن المتتبع لأحكام القضاء الإداري الفرنسي يجد أنه اعتبر الكثير من النشاطات تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، رغم إن نشاطها من السهل أن يتولاه الأفراد، ومن ذلك حكم **Terrier** ١٩٠٣ المتعلق بقتل الثعابين، وحكم ***Therond*** ١٩١٠ الخاص برفع جثث الحيوانات.(٩)

يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة.)) ، حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٢ -٦ -١٩٥٧. في القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية.

٧ – د. محمد عبدالله الحراري – المصدر السابق – ص ١٩١ .

د. محمد مختار عثمان – المصدر السابق – ص ١٣٨ .

٨ – د. عبدالغني بسيوني – المصدر السابق – ص ٤٠٢.

٩- *6-2-1903 Terrier P94 Concl Romieu.G.A.P.63 – 4Mars 1910 Therond P.193 Concl Pichat, GA P.92*

ثانياً: عنصر الإدارة

تقوم الدولة بإنشاء المرافق العامة ويجب أن يكون نشاط المرفق العام منظماً من جانب الإدارة وموضوعاً تحت إشرافها ورقابتها، وخاضعاً لتوجيهها لضمان عدم انحرافه عن المصلحة العامة لحساب المصالح الخاصة[10].

وإذا عهدت الإدارة إلى أحد الأشخاص المعنوية العامة بإدارة المرافق فإن هذا لا يعني تخليها عن ممارسة رقابتها وإشرافها عليه من حيث تحقيقه للمصلحة العامة وإشباع الحاجات العامة للأفراد.

مع إن هناك جانب من الفقه تؤيده بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي يذهب إلى أن هناك ما يمكن تسميته بالمرافق العامة الفعلية ، وتخضع لبعض أحكام المرافق العامة، لأن هذا الاتجاه يتعارض والمستقر في مبادئ وأحكام القانون الإداري التي تقضي بضرورة وجود نص يخول الإدارة إنشاء المرافق العامة.

ثالثاً : وجود امتيازات السلطة العامة

يلزم لقيام المرافق العامة أن تتمتع الجهة المكلفة بإدارة المرفق العام بامتيازات غير مألوفة في القانون الخاص تلائم الطبيعة الخاصة للنظام القانوني الذي يحكم المرافق العامة.

غير أن هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء على اعتبار أن التطورات الاقتصادية وتشعب أنشطة الإدارة أفرزت إلى جانب المرافق العامة الإدارية مرافق عامة صناعية وتجارية تخضع في الجانب الأكبر من نشاطها إلى أحكام القانون الخاص كما أن خضوع المرفق للقانون العام هو مجرد نتيجة لثبوت الصفة العامة للمرفق، ومن غير المنطقي أن تعرف الفكرة بنتائجها.[11]

غير أننا لا نتفق مع هذا الرأي من حيث أن المرافق العامة الصناعية والتجارية وأن كنت تخضع في بعض جوانبها لأحكام القانون الخاص فأنها لا تدار بنفس الكيفية التي تدار بها المشروعات الخاصة كما أن إرادة المشرع في إنشائها تضعها في إطار نظام قانوني غير مألوف وأن لم تتضمن امتيازات غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن هنا نرى ضرورة خضوع المرافق العامة لنظام قانوني متميز عن نظام القانون الخاص بسبب طبيعتها المتميزة واستهدافها المصلحة العامة ومن قبيل ذلك حقها في التنفيذ المباشر وحقها في استيفاء الرسوم، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي.[12]

---

١٠ – ريمون اودان – المصدر السابق – ص ٣١٩ .

١١ ينظر في هذا الرأي :

د. عبدالغني بسيوني – القانون الإداري –المصدر السابق – ص ٤٠٤.

د. محمود ابو السعود – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ١٦ .

د.محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص ٢٧ .

١٢- *S-3-1-1961 Mangnier P.33 R.D.P 1961.P.155. Concl. Fournier*

وينظر في هذا الرأي : د . محمد مختار عثمان – المصدر السابق – ص ١٩٢ .

المطلب الثاني :أ نواع المرافق العامة

لا تأخذ المرافق العامة صورة واحدة بل تتعدد أنواعها تباعاً للزاوية التي ينظر منها إليها، فمن حيث طبيعة النشاط الذي تمارسه تنقسم إلى مرافق إدارية ومرافق اقتصادية، ومرافق مهنيـــة، ومن حيث استقلالها تنقسم إلى مرافق ذات شخصية معنوية مستقلة ومرافق لا تتمتع بالشخـصية المعنوية، ومن حيث نطاق نشاطها إلى مرافق قومية وأخرى محلية.

ومن حيث مدى الالتزام بإنشائها إلى مرافق اختيارية ومرافق إجبارية.

أولاً : المرافق العامة من حيث طبيعة نشاطها .

تنقسم المرافق العامة من حيث موضوع نشاطها أو طبيعة هذا النشاط إلى ثلاثة أنــواع:

١. المرافق العامة الإدارية:

يقصد بالمرافق العامة الإدارية تلك المرافق التي تتناول نشاطاً لا يزاوله الأفراد عادة أمـا بسبب عجزهم عن ذلك أو لقلة أو انعدام مصلحتهم فيه، ومثالها مرافق الدفاع والأمن والقضاء.(١٣)

وتخضع المرافق الإدارية من حيث الأصل لأحكـام القـانون الإداري، فعمالهـا يعتبـرون موظفين عموميين وأموالها أموالاً عامة، وتصرفاتها أعمالاً إدارية، وقراراتها تعد قرارات إداريـة وعقودها عقوداً إدارية، وبمعنى أخر تتمتع المرافق العامة الإدارية باسـتخدام امتيـازات الـسلطة العامة لتحقيق أهدافها. إلا أنها قد تخضع في بعض الأحيان استثناء لأحكام القانون الخاص، وذلـك عندما يجد القائمون على إدارتها أن هذا الأسلوب يكفي لتحقيق أهداف المرفق وتحقيق المـصلحة العامة.

٢. المرافق الاقتصادية:

بفعل الأزمات الاقتصادية وتطور وظيفة الدولة ظهر نوع أخر من المرافق العامــة يـزاول نشاطاً تجارياً أو صناعياً مماثلاً لنشاط الأفراد و تعمل في ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الخاصة، وبسبب طبيعة النشاط الذي تؤديه هذه المرافق دعا الفقه والقضاء إلى ضـرورة تحريـر هذه المرافق من الخضوع لقواعد القانون العام.

والأمثلة على هذه المرافق كثيرة ومنها مرفق النقل والمواصلات ومرفـق توليـد المـيـاه والغاز ومرفق البريد.

وقد اختلف الفقه حول معيار تمييز المرافق العامة الاقتصادية عن المرافق العامة الإداريـة وعلى النحو التالي:

أ- المعيار الشكلي

يعتمد هذا المعيار على أساس شكل المشروع أو مظهره الخارجي فإذا اتخذ المشروع شكل المشروعات الخاصة كما لو تمت إدارته بواسطة شركة فأنه مرفق اقتصادي ، وبعكس ذلك لو تمت

---

١٣ – د. سليمان محمد الطماوي-الوجيز في القانون الإداري- المصدر السابق- ص٣١٣.

إدارته بواسطة الإدارة أو تحت رقابتها وإشرافها وباستخدام أساليب السلطة العامة فهو مرفق عام إداري.

ب- معيار الهدف.

اتجه هذا المعيار إلى التمييز بين المرافق الإدارية والمرافق الاقتصادية على أساس الغرض الذي يستهدفه المرفق، فالمرافق الاقتصادية تقوم بنشاط صناعي أو تجاري يهدف إلى تحقيق الربح مثلما هو الحال في المشروعات الخاصة.

في حين لا تسعى المرافق الإدارية إلى تحقيق الربح بل تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد.

غير أن هذا المعيار يتسم بالقصور من حيث أن الربح الذي تحققه المرافق الاقتصادية ليس الغرض الأساسي من إنشائها بل هو أثر من آثار الطبيعة الصناعية أو التجارية التي تمارسها فهي تستهدف أساساً تحقيق المنفعة العامة.(١٤)

كما أن المرافق الإدارية يمكن أن تحقق ربحاً من جراء ما تتقاضاه من رسوم تقوم بتحصيلها مقابل الخدمات التي تقدمها.

ج- معيار القانون المطبق

ذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين المرافق العامة الاقتصادية والمرافق العامة الإدارية على أساس النظام القانوني الذي يخضع له المرفق.

فإذا كان يخضع لأحكام القانون الخاص اعتبر المرفق اقتصادياً وعلى العكس من ذلك إذا كان يخضع لأحكام القانون العام فهو مرفق عام إداري.

غير أن هذا المعيار غير سليم ولا يتفق مع المنطق لأن المطلوب هو تحديد نوع المرفق العام قبل إخضاعه لنظام قانوني معين، وليس العكس أي أن خضوع المرفق الاقتصادي لقواعد القانون الخاص هو نتيجة لثبوت الصفة الاقتصادية للمرفق.

كما أن خضوع المرفق العام للقانون الخاص مجرد قرينة على أن هذا المرفق ذو صفة اقتصادية ولكن لا يمكن الاعتماد عليها بثبوت هذه الصفة قطعاً.(١٥)

د - معيار طبيعة النشاط :

ذهب رأي أخر من الفقه وهو الرأي الراجح إلى أن المرفق يكون اقتصادياً إذا كان النشاط الذي يقوم به يعد نشاطاً تجارياً بطبيعته طبقاً لموضوعات القانون التجاري، ويعتبر المرفق مرفقاً عاماً إدارياً إذا كان النشاط الذي يمارسه نشاطاً إدارياً ومما يدخل في نطاق القانون الإداري.

وقد أخذ بهذا الرأي جانب كبير من الفقهاء، ومع أن القضاء الإداري في فرنسا لم يعتمد معياراً واحداً منها وإنما أخذ بمعيار يقوم على فكرتين أو عنصرين:-

---

١٤ - ينظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ٢ / ٦ / ١٩٥٧ / مشار إليه سابقاً .

١٥ - د. محمود ابو السعود - القانون الإداري - المصدر السابق - ص ١٨ .

العنصر الأول: ويعتمد على موضوع وطبيعة النشاط الذي يمارسه المرفق الاقتصادي الذي يتماثل مع النشاط الخاص.

العنصر الثاني: يتعلق بالأساليب وطرق تنظيم وتسيير المرفق في ظل ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الصناعية.(١٦)

أما بخصوص القانون الذي تخضع له المرافق الاقتصادية فقد استقر القضاء الإداري على أن تخضع لقواعد القانون الخاص في نشاطها ووسائل إدارتها، مع خضوعها لبعض قواعد القانون العام من قبيل انتظام سير المرافق العامة والمساواة بين المنتفعين بخدماتها وقابليتها للتغيير بما يتلائم مع المستجدات وتمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة اللازمة لحسن أدائها لنشاطها مثل نزع الملكية للمنفعة العامة، والاستيلاء المؤقت، وينعقد الاختصاص في هذا الجانب من نشاطها لاختصاص القضاء الإداري.

٣- المرافق المهنية:

وهي المرافق التي تنشأ بقصد توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخاصة بمهنة معينة، وتتم إدارة هذه المرافق بواسطة هيئات أعضائها ممن يمارسون هذه المهنة ويخولهم القانون بعض امتيازات السلطة العامة.مثل نقابات المهندسين والمحامين والأطباء وغيرها من النقابات المهنية الأخرى.

وقد ظهر هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية لمواجهة المشاكل التي كان يتعرض لها أصحاب هذه المهن والدفاع عنهم وحماية مصالحهم، لا سيما في فرنسا التي ظهرت فيها لجان تنظيم الإنتاج الصناعي عام ١٩٤٠.

وتخضع هذه المرافق لنظام قانوني مختلط فهي تخضع لنظام القانون العام واختصاص القضاء الإداري في بعض المنازعات المتعلقة بنشاطها غير أن الجانب الرئيس من نشاطها يخضع لأحكام القانون الخاص.

فالمنازعات المتعلقة بنظامها الداخلي وعلاقة أعضائها بعضهم ببعض وشؤونها المالية تخضع للقانون الخاص ولاختصاص المحاكم العادية، أما المنازعات المتصلة بمظاهر نشاطها كمرفق عام وممارستها لامتيازات السلطة العامة فتخضع لأحكام القانون العام واختصاص القضاء الإداري.(١٧)

ومن ثم فإن المرافق المهنية تتفق مع المرافق العامة الاقتصادية من حيث خضوعها لنظام قانوني مختلط، غير أن نظام القانون العام يطبق بشكل أوسع في نطاق المرافق المهنية ويظهر ذلك في امتيازات القانون العام التي يمارسها المرفق، في حين ينحصر تطبيقه في مجال تنظيم المرفق في المرافق الاقتصادية.

١٦- *De laudere – OP Cit P. 649 .*

١٧ –د.محمود محمد حافظ –المصدر السابق – ص ٧٨ .

ثانيا : المرافق من حيث استقلالها

تنقسم المرافق العامة من حيث استقلالها إلى مرافق تتمتع بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية ومرافق لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

١ - المرافق العامة التي تتمتع بالشخصية المعنوية : وهي المرافق التي يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية المعنوية ويكون لها كيان مستقل كمؤسسة عامة مع خضوعها لقدر من الرقابة أو الوصاية الإدارية.

٢ - المرافق العامة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية: وهي المرافق التي لا يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية المعنوية ويتم إلحاقها بأحد أشخاص القانون العام كالدولة أو الوزارات أو المحافظات، وهي الغالبية العظمى من المرافق العامة وتكون تابعة لها.

وتبدو أهمية هذا التقسيم في مجال الاستقلال المالي والإداري وفي مجال المسؤولية، إذ تملك المرافق العامة المتمتعة بالشخصية المعنوية قدراً كبيراً من الاستقلال الإداري والمالي والفني في علاقتها بالسلطة المركزية مع وجود قدر من الرقابة كما أوضحنا، غير أن هذه الرقابة لا يمكن مقارنتها بما تخضع له المرافق غير المتمتعة بالشخصية المعنوية من توجيه وإشراف مباشرين من السلطات المركزية،أما من حيث المسؤولية فيكون المرفق المتمتع بالشخصية المعنوية مستقلاً ومسؤولاً عن الأخطاء التي يتسبب في إحداثها للغير في حين تقع هذه المسؤولية على الشخص الإداري الذي يتبعه المرفق العام في حالة عدم تمتعه بالشخصية المعنوية.

ثالثاً: المرافق العامة من حيث نطاق نشاطها

تنقسم المرافق العامة من حيث نطاق أو مجال عملها إلى مرافق قومية ومرافق محلية.

١ - المرافق القومية

يقصد بالمرافق القومية تلك المرافق التي يتسع نشاطها ليشمل كل أقليم الدولة. كمرفق الدفاع ومرفق القضاء ومرفق الصحة، ونظراً لعمومية وأهمية النشاط الذي تقدمه هذه المرافق فأنها تخضع لإشراف الإدارة المركزية في الدولة من خلال الوزارات أو ممثليها أو فروعها في المدن، ضماناً لحسن أداء هذه المرافق لنشاطها وتحقيقاً للمساواة في توزيع خدماتها.

وتتحمل الدولة المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب فيها المرافق القومية بحكم إدارتها لها والإشراف على شؤونها.

٢ - المرافق المحلية

ويقصد بها المرافق التي يتعلق نشاطها بتقديم خدمات لمنطقة محددة أو إقليم معين من أقاليم الدولة،ويعهد بإدارتها إلى الوحدات المحلية، كمرفق النقل،أو مرفق توزيع المياه أو الكهرباء وغيرها من المرافق التي تشبع حاجات محلية.

وتتميز المرافق المحلية بالاختلاف والتنوع في أساليب إدارتها بحكم اختلاف وتنوع حاجات كل وحدة محلية أو إقليم تمارس نشاطها فيه كما أن المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب بإحداثها المرافق المحلية أو موظفيها ويتحملها الشخص المعنوي المحلي أو الإقليمي.(١٨)

رابعاً : المرافق العامة من حيث مدى الالتزام بإنشائها

تنقسم المرافق العامة من حيث حرية الإدارة في إنشائها إلى مرافق اختيارية وأخرى إجبارية:-

١- المرافق الاختيارية.

الأصل في المرافق العامة أن يتم إنشائها بشكل اختياري من جانب الدولة. وتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت ومكان إنشاء المرفق ونوع الخدمة أو النشاط الذي يمارسه وطريقة إدارته.

ومن ثم لا يملك الأفراد إجبار الإدارة على إنشاء مرفق عام معين ولا يملكون الوسائل القانونية التي يمكنهم حملها على إنشاء هذا المرفق أو مقاضاتها لعدم إنشائها له. ويطلق الفقه على المرافق العامة التي تنشئها الإدارة بسلطتها التقديرية اسم المرافق العامة لاختيارية(١٩).

٢- المرافق العامة الإجبارية:

إذا كان الأصل أن يتم إنشاء المرافق العامة اختيارياً فأن الإدارة استثناء تكون ملزمة بإنشاء بعض المرافق العامة عندما يلزمها القانون أو جهة إدارية أعلى بإنشائها ومثال ذلك إنشاء الإدارة لمرفق الأمن والصحة فهي مرافق إجبارية بطبيعتها وتهدف لحماية الأمن والصحة العامة وغالباً ما تصدر القوانين بإنشائها.

المطلب الثالث : إنشاء وإلغاء المرافق العامة

نعرض في هذا المطلب المبادئ المتعلقة بإنشاء وإلغاء المرافق العامة.

---

١٨ – ينظر في هذا الشأن :

د. منير شلبي – المرفق المحلي – رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٧٧ .

د. صبيح بشير مسكوني – مبادئ القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣١٩ .

د. أنور أحمد رسلان – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٢١٦ .

د. محمد أنس قاسم جعفر – الوسيط في القانون العام – المصدر السابق – ص ١٩٩ .

د. د.محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص ١٣٨ .

د. محمد مختار عثمان – المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجماهيرية – المصدر السابق ص ١٦٨.

١٩ – د.محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص ١٣٨ .

و د.محمد مختارعثمان – المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجماهيرية – المصدر السابق ص ١٦٨.

أولاً : إنشاء المرافق العامة :

عندما تجد السلطة المختصة أن حاجة الجمهور تقتضي إنشاء مرفقاً عاماً لإشباعها ويعجز الأفراد عن ذلك، فإنها تتدخل مستخدمة وسائل السلطة العامة وتنشئ المرفق العام.

وحيث إن إنشاء المرافق العامة يتضمن غالباً المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم لاعتمادها أحياناً على نظام الاحتكار الذي يمنع الأفراد من مزاولة النشاط الذي يؤديه المرفق وفي أحيان أخرى يقيدهم بممارسة نشاطات معينة بحكم تمتع المرافق العامة بوسائل السلطة العامة وامتيازاتها التي تجعل الأفراد في وضع لا يسمح لهم بمنافسة نشاطات هذه المرافق ولأن إنشاء المرافق العامة يتطلب اعتمادات مالية كبيرة في الميزانية لمواجهة نفقات إنشاء هذه المرافق وإدارتها.

فقد درج الفقه والقضاء على ضرورة أن يكون إنشاء المرافق العامة بقانون أو بناء على قانون صادر من السلطة التشريعية أي أن تتدخل السلطة التشريعية مباشرة فتصدر قانوناً بإنشاء المرفق أو أن تعهد بسلطة إنشاء المرفق إلى سلطة أو هيئة تنفيذية.

وكان هذا الأسلوب سائداً في فرنسا حتى عام ١٩٥٨ عندما صدر الدستور الفرنسي دون أن يذكر أن إنشاء المرافق العامة ضمن الموضوعات المحجوزة للقانون، وأصبح إنشاء هذه المرافق في اختصاص السلطة التنفيذية دون تدخل من جانب البرلمان إلا في حدود الموافقة على الاعتمادات المالية اللازمة لإنشاء المرفق[٢٠].

مع ضرورة التنبيه إلى أن إنشاء المرافق العامة يتم بأسلوبين:

الأول: أن تقوم السلطة المختصة بإنشاء المرفق ابتداءً.

والثاني: أن تعمد السلطة إلى نقل ملكية بعض المشروعات الخاصة إلى الملكية العامة، كتأميمها لاعتبارات المصلحة العامة مقابل تعويض عادل.

ثانياً : إلغاء المرافق العامة

بينا أن الأفراد لا يملكون إجبار الإدارة على إنشاء المرافق العامة ولا يستطيعون إجبارها على الاستمرار في تأدية خدماتها إذا ما قدرت السلطة العامة إن إشباع الحاجات التي يقدمها المرفق يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق العام أو لاعتبارات أخرى تقدرها هي وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة.

والقاعدة أن يتم الإلغاء بنفس الأداة التي تقرر بها الإنشاء، فالمرفق الذي تم إنشاؤه بقانون لا يتم إلغاؤه إلا بنفس الطريقة وإذا كان إنشاء المرفق بقرار من السلطة التنفيذية فيجوز أن يلغى بقرار إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

---

٢٠ – أنظر : د. محمود ابو السعود – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٢٩ .

د.محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص ١١٢ .

د. عثمان خليل – مذكرات في المرافق العامة – المصدر السابق – ٦١ .

وعندما يتم إلغاء المرفق العام فإن أمواله تضاف إلى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغائه، فإن لم ينص على ذلك ، فإن أموال المرفق تضاف إلى أموال الشخص الإداري الذي كان يتبعه هذا المرفق.

أما بالنسبة للمرافق العامة التي يديرها أشخاص معنوية عامة مستقلة فإن مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر هذه الأموال كأن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية الأخرى فيتم منحها لها.

أما إذا كان مصدرها تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة فإن هذه الأموال تؤول إلى أحد المرافق العامة التي تستهدف نفس غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرضاً مقارباً له، احتراماً لإرادة المتبرعين. (٢١)

المبحث الثاني

المبادئ التي تحكم المرافق العامة

تخضع المرافق العامة لمجموعة من المبادئ العامة التي استقر عليها القضاء والفقه والتي تضمن استمرار عمل هذه المرافق وأدائها لوظيفتها في إشباع حاجات الأفراد، وأهم هذه المبادئ مبدأ استمرار سير المرفق العام ومبدأ قابلية المرفق للتغيير ومبدأ المساواة بين المنتفعين.

المطلب الأول : مبدأ استمرار سير المرفق العام

تتولى المرافق العامة تقديم الخدمات للأفراد وإشباع حاجات عامة وجوهرية في حياتهم ويترتب على انقطاع هذه الخدمات حصول خلل واضطراب في حياتهم اليومية.

لذلك كان من الضروري أن لا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة بل تسعى إلى ضمان استمرارها وتقديمها للخدمات، لذلك حرص القضاء على تأكيد هذا المبدأ واعتباره من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري ومع أن المشرع يتدخل في كثير من الأحيان لإرساء هذا المبدأ في العديد من مجالات النشاط الإداري، فإن تقريره لا يتطلب نص تشريعي لأن طبيعة نشاط المرافق العامة تستدعي الاستمرار والانتظام.

ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج منها: تحريم الإضراب، وتنظيم استقالة الموظفين العموميين ونظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة ، وعدم جواز الحجز على أموال المرفق.

أولاً : تحريم الإضراب

يقصد بالإضراب توقف بعض أو كل الموظفين في مرفق معين عن أداء أعمالهم لمدة معينة كوسيلة لحمل الإدارة على تلبية طلباتهم دون أن تنصرف نيتهم إلى ترك العمل نهائياً.

---

٢١ –د.محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – المصدر السابق – ص١٢٩ .

وللإضراب نتائج بالغة الخطورة على سير العمل في المرفق وقد تتعدى نتائجه إلى الأضرار بالحياة الاقتصادية والأمن في الدولة وليس هناك موقف موحد بشأن الإضراب، ومدى تحريمه فهناك من الدول التي تسمح به في نطاق ضيق. [٢٢]

غير أن أغلب الدول تحرمه وتعاقب عليه ضماناً لدوام استمرار المرافق العامة.

ثانياً : تنظيم الاستقالة

في تطبيقات هذا المبدأ تنظيم استقالة الموظفين بعدم جواز إنهائهم خدمتهم بإرادتهم عن طريق تقديم طلب يتضمن ذلك قبل قبوله لما يؤدي إليه هذا التصرف من تعطيل العمل في المرفق.

ثالثاً: الموظف الفعلي

يقصد بالموظف الفعلي ذلك الشخص الذي تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفية عامة متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص.[٢٣]

ولا شك أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولون وظيفة عامة بصورة غير قانونية لأنهم يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعتبر باطلة.[٢٤]

غير أنه استثناء على هذه القاعدة وحرصاً على دوام استمرار سير المرافق العامة في ظروف الحروب والثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق دون أذن من السلطة اعترف القضاء والفقه ببعض الآثار القانونية للأعمال الصادرة منهم كموظفين فعليين، فتعتبر الأعمال الصادرة عنهم سليمة ويمنحون مرتباً لقاء أدائهم لعملهم إذا كانوا حسنى النية.

رابعاً : نظرية الظروف الطارئة

تفترض نظرية الظروف الطارئة أنه إذا وقعت حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وخارجه عن إرادة المتعاقد وكان من شأنها أن تؤدي إلى إلحاق خسائر غير مألوفة وإرهاق للمتعاقد مع الإدارة فان للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاق المتعاقد وتتحمل بعض عبئ هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من

---

٢٢ – من الدول التي تقر حق الإضراب للموظفين فرنسا وكندا والمكسيك ومن الدول التي تحرمه بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وبلجيكا.

للمزيد ينظر د. محمد أنس قاسم جعفر –الوسيط في القانون العام – المصدر السابق –ص ٢٠٤ .

د. ناصف هلال – إضراب العاملين بين الإجازة والتحريم رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٤ و د.عبد المنعم فهمي مصطفى – عمال الإدارة وحرية الرأي – رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٧٧ .

٢٣ – د. ماجد راغب الحلو – نظرية الظاهر في القانون الإداري – مجلة الحقوق والشريعة الكويتية –س٤ ع١ ١٩٨٠ – ص ٥٨ .

٢٤ – د. مازن ليلو راضي – الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ٢٠٠٢ – ص ١٠٤ .

د. زهدي يكن – القانون الإداري – المكتبة العصرية – بيروت – ص ٣٨٦.

د. عبد الحميد كمال حشيش – دراسات في الوظيفة العامة – دار النهضة العربية ١٩٧٧ – ص ٢٣٩ .

الاستمرار بتنفيذ العقد فإن لم يحصل هذا الاتفاق فإن للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد تعويضاً مناسباً.

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي،أقرها خروجاً على الأصل في عقود القانون الخاص التي تقوم على قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ضماناً لاستمرار سير المرافق العامة وللحيلولة دون توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته وتعطيل المرافق العامة.

خامساً: عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام .

خلافاً للقاعدة العامة التي تجيز الحجز على أموال المدين الذي يمتنع عن الوفاء بديونه، لا يجوز الحجز على أموال المرافق العامة وفاءً لما يتقرر للغير من ديون في مواجهتها لما يترتب على ذلك من تعطيل للخدمات التي تؤديها.

ويستوي في ذلك أن تتم إدارة المرافق العامة بالطريق المباشر أو أن تتم إدارتها بطريق الالتزام مع أن أموال المرفق في الحالة الأخيرة تكون مملوكة للملتزم، فقد استقرت أحكام القضاء على أنه لا يجوز الحجز على هذه الأموال تأسيساً على مبدأ دوام استمرار المرافق العامة ولأن المرافق العامة أياً كان أسلوب أو طريقة إدارتها تخضع للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة. (٢٥)

المطلب الثاني : مبدأ قبلية المرفق للتغيير

إذا كانت المرافق العامة تهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد وكانت هذه الحاجات متطورة ومتغيرة باستمرار فإن الإدارة المنوط بها إدارة وتنظيم المرافق العامة تملك دائماً تطوير وتغيير المرفق من حيث أسلوب إدارته وتنظيمه وطبيعة النشاط الذي يؤديه بما يتلاءم مع الظروف والمتغيرات التي تطرأ على المجتمع ومسايرة لحاجات الأفراد المتغيرة باستمرار ومن تطبيقات هذا المبدأ أن من حق الجهات الإدارية القائمة على إدارة المرفق كلما دعت الحاجة أن تتدخل لتعديل بإدارتها المنفردة لتعديل النظم واللوائح الخاصة بالمرفق أو تغييرها بما يتلاءم والمستجدات دون أن يكون لأحد المنتفعين الحق في الاعتراض على ذلك والمطالبة باستمرار عمل المرافق بأسلوب وطريقة معينة ولو أثر التغيير في مركزهم الشخصي.

وقد استقر القضاء والفقه على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرافق العامة أياً كان أسلوب إدارتها بطريق الإدارة المباشرة أم بطريق الالتزام.

كما أن علاقة الإدارة بالموظفين التابعين لها في المرافق علاقة ذات طبيعة لائحية. فلها دون الحاجة إلى موافقتهم نقلهم من وظيفة إلى أخرى أو من مكان إلى أخر تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

ومن تطبيقات هذا المبدأ أيضاً حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد " بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين " إذ أن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وتعلقها

---

٢٥ -د. سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣٧٧.

بتحقيق المصلحة العامة، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومـن مـستلزمات ذلك أن لا تتقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأن تتمكن من تعديل عقودها لتـتمكن مـن تلبية التغير المستمر في المرافق التي تديرها.(٢٦)

وسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية أثناء تنفيذها تشمل العقود الإدارية جميعها دونما حاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد وقد اعترف القضاء والفقه بهذه الفكرة ولاقت القبول تأسيساً على أن طبيعة احتياجات المرافق العامة المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بتعـديل بعـض نصوص العقد على أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات المالية.

وفي هذا الاتجاه يذكر الدكتور"سليمان الطماوي" إن الأساس الـذي تقـوم عليـه سـلطة التعديل مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والمرفق العام يقبل التغير في كل وقت متى ثبت أن التغير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمـة التي يقدمها إلى المنتفعين وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة. (٢٧)

المطلب الثالث: مبدأ المساواة بين المنتفعين

يقوم هذا المبدأ على أساس التزام الجهات القائمة على إدارة المرافق بأن تؤدي خـدماتها لكل من يطلبها من الجمهور ممن تتوافر فيهم شروط الاستفادة منها دون تمييـز بيـنهم بـسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي.

ويستمد هذا المبدأ أساسه من الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق التي تقتضي بمـساواة الجميع أمام القانون ولا تمييز بين أحد منهم.

غير أن المساواة أمام المرافق العامة مساواة نسبية وليست مطلقة، ومـن مقتـضياتها أن تتوافر شروط الانتفاع بخدمات المرفق فيمن يطلبها، وأن يتواجد الأفراد في المركز الـذي يتطلبـه القانون والقواعد الخاصة بتنظيم الانتفاع بخدمات المرفق ثم يكون لهم الحق بالمعاملة المتـساوية سواء في الانتفاع بالخدمات أو في تحمل أعباء هذا الانتفاع.

وبمعنى أخر على الإدارة أن تحترم مبدأ المساواة بين المنتفعين متـى تماثلـت ظـروفهم وتوافرت فيهم شروط الانتفاع التي حددها القانون ، أما إذا توافرت شروط الانتفاع في طائفة مـن الأفراد دون غيرهم فإن للمرفق أن يقدم الخدمات للطائفة الأولى دون الأخـرى أو أن يميـز فـي المعاملة بالنسبة للطائفتين تبعاً لاختلاف ظروفهم كاختلاف رسوم مرفق الكهرباء والمياه بالنـسبة لسكان المدينة وسكان القرى.

---

٢٦ – للمزيد ينظر :

د. مازن ليلو راضي – العقود الإدارية – في القانون الليبي \ دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ٢٠٠٢ ص ١٠٧ وما بعدها .

٢٧ – د. سليمان محمد الطماوي – الأسس العامة في العقود الإدارية– دار الفكر العربي ١٩٨٤– ص ٤٢٧.

ومع ذلك فإن هذا المبدأ لا يتعارض مع منح الإدارة بعض المزايا لطوائف معينة من الأفراد لاعتبارات خاصة كالسماح للعجزة أو المعاقين بالانتفاع من خدمات مرفق النقل مجاناً أو بدفع رسوم مخفضة أو إعفاء أبناء الشهداء من بعض شروط الالتحاق بالجامعات.

أما إذا أخلت الجهة القائمة على إدارة المرفق بهذا المبدأ وميزت بين المنتفعين بخدماته فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الجهة المشرفة على إدارة المرفق على احترام القانون، إذا كان المرفق يدار بواسطة ملتزم،فإن امتنعت الإدارة عن ذلك أو كان المرفق يدار بطريقة مباشرة فإن من حق الأفراد اللجوء إلى القضاء طالبين إلغاء القرار الذي أخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين وإذا أصابهم ضرر من هذا القرار فإن لهم الحق في طلب التعويض المناسب.

المبحث الثالث

طرق إدارة المرافق العامة

تختلف طرق إدارة المرافق العامة تبعاً لاختلاف وتنوع المرافق وطبيعة النشاط الذي تؤديه، وأهم هذه الطرق هي الاستغلال المباشر أو الإدارة المباشرة وأسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة وأسلوب الالتزام وأخيراً الإدارة أو الاستغلال المختلط [٢٨].

المطلب الأول : الإدارة المباشرة

يقصد بهذا الأسلوب أن تقوم الإدارة مباشرة بإدارة المرفق بنفسها سواء أكانت سلطة مركزية أم محلية مستخدمة في ذلك أموالها وموظفيها ووسائل القانون العام ولا يتمتع المرفق الذي يدار بهذه الطريقة بشخصية معنوية مستقلة.

ويترتب على ذلك أن يعتبر موظفي المرافق التي تدار بهذا الأسلوب موظفين عموميين وتعد أموال المرفق أموالاً عامة تتمتع بالحماية القانونية المقررة للمال العام.

وتتبع هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة الإدارية القومية بصفة أساسية ويرجع ذلك إلى أهمية هذه المرافق واتصالها بسيادة الدولة كمرفق الأمن والدفاع والقضاء ، وفي الوقت الحاضر أصبحت الكثير من المرافق الإدارية تدار بهذه الطريقة وكذلك بعض المرافق الصناعية والتجارية متى وجدت الإدارة أن من المناسب عدم ترك إدارتها لأشخاص القانون الخاص.

---

٢٨ - ينظر في طرق إدارة المرافق العامة .

د. عبدالغني بسيوني – القانون الإداري –المصدر السابق – ص ٤٣١.

د طعيمة الجرف – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٢٧٢ .

د. محمود ابو السعود – القانون الإداري – المصدر السابق – ص٥٣ .

د. صبيح بشير مسكوني – مبادئ القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣٢١ .

د. سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣٢٠.

ولا شك أن هذا الأسلوب يسمح للإدارة بالإدارة المباشرة لنشاط المرفق ويوفر المقدرة المالية والفنية والحماية القانونية واستخدام أساليب السلطة العامة مما لا يتوفر لدى الأفراد. لكن الإدارة المباشرة منتقدة من حيث أن الإدارة عندما تقوم بالإدارة المباشرة للمرفق تتقيد بالنظم واللوائح والإجراءات الحكومية التي تعيق هذه المرافق عن تحقيق أهدافها في أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة. (٢٩)

غير أننا نرى أن هذا الأسلوب مهم بالنسبة للمرافق الإدارية القومية بالنظر لخطورتها وتعلقها بسيادة وأمن الدولة والتي لا يمكن أن تدار بأسلوب أخر، والمرافق الإدارية التي يعزف عن إدارتها الأفراد لانعدام أو قلة أرباحها.

المطلب الثاني : أسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة

قد يلجأ المشرع إلى أسلوب آخر لإدارة المرافق العامة، فيمنح إدارتها إلى أشخاص عامة تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة ويسمح لها باستخدام وسائل القانون العام ويكون موظفيها موظفين عموميين وأموالها أموالاً عامة وأعمالها أعمالاً إدارية.

ويطلق على هذه الأشخاص الإدارية الهيئات العامة إذا كان نشاط المرفق الذي تديره تقديم خدمات عامة و يطلق عليها المؤسسات العامة إذا كان الموضوع نشاط المرفق تجارياً أو صناعياً أو زراعياً أو مالياً.

كما تتميز الهيئات العامة عن المؤسسات العامة من حيث أن المؤسسات العامة لها ميزانية مستقلة لا تلحق في الغالب بالميزانية العامة للدولة وتوضع ميزانيتها على نمط المشاريع الاقتصادية والتجارية وتكون أموالها مملوكة للدولة ملكية خاصة، في حين تعد أموال الهيئات العامة أموالاً عامة وتلحق ميزانيتها بميزانية الدولة.

كذلك تتميز رقابة الدولة على الهيئات العامة بأنها أكثر اتساعاً من رقابتها على المؤسسات العامة نظراً لطبيعة نشاط الهيئات العامة وتعلقه بتقديم الخدمات العامة (٣٠).

المطلب الثالث : التزام أو امتياز المرافق العامة

٢٩- *Jean Rivero, droit administratif. Dalloz 1977. P 443 .*

– De laubadere –Traite dedroit adminstratif, 1984. P 665 .

٣٠ – ينظر بشأن التمييز بين الهيئات والمؤسسات العامة .

د. سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٣٣١ وما بعدها .

د. طعيمة الجرف –القانون الإداري– المصدر السابق– ص٢٧٢ وما بعدها؛ محمد مختار عثمان– المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجماهيرية–المصدر السابق ص١٨٦وما بعدها؛ ماجد راغب الحلو –القانون الإداري– المصدر السابق – ص٤٠١ وما بعدها؛ محمود أبو السعود –القانون الإداري– المصدر السابق– ص٥٧ وما بعدها.

بمقتضى هذه الطريقة تتعاقد الإدارة مع فرد أو شركة لإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة الاقتصادية لمدة محددة بأمواله وعمالة وأدواته وعلى مسئوليته مقابل التصريح له بالحصول على الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق وفق ما يسمى بعقد التزام المرافق العامة أو عقد الامتياز.

وقد استقر القضاء والفقه على اعتبار عقد الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشمل على نوعين من النصوص[٣١]، الأول منه يتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق أما النوع الثاني من النصوص فيسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" ، ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام و الالتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أساليب تقديم الخدمات للمنتفعين.

٣١ – اتجه فريق من الفقهاء الألمان إلى القول بأن الالتزام عمل من جانب واحد هو الإدارة وأن آثاره لا تنشأ عن عقد وإنما عن أمر انفرادي تصدره السلطة بإرادتها المنفردة، وتملك تعديله أو إلغائه. في حين اتجه فريق من الفقهاء في فرنسا إلى اعتبار عقداً الالتزام من عقود القانون الخاص قبل أن يستقر القضاء على اعتباره عقداً إدارياً ذو طبيعة خاصة. للمزيد ينظر مؤلف الدكتوراه عزيز الشريف – دراسات العقد الإداري – موسوعة القضاء والفقه – العدد ٥٣ ص ٧٦

وعلى أي حال فإن المرفق العام الذي يدار بهذا الأسلوب يتمتع بذات امتيازات المرافق العامة الأخرى كونه يهدف إلى تحقيق النفع العام ، فهو يخضع لنفس المبادئ الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة وهي مبدأ إقرار سير المرافق بانتظام واطراد ومبدأ قابلية المرفق للتعديل ومبدأ المساواة في الانتفاع بخدمات المرفق، كما يتمتع الملتزم بحق شغل الدومين العام أو طلب نزع الملكية للمنفعة العامة.

غير أن من يعمل في المرفق الذي يدار بهذا الأسلوب لا يعد موظفاً عاماً بل يخضع في علاقته بالملتزم لأحكام القانون الخاص، وتمارس الإدارة في مواجهة الملتزم سلطة الرقابة والإشراف على ممارسة عمله وفقاً لشروط العقد والقواعد الأساسية لسير المرافق العامة، على أن لا تصل سلطة الإدارة في الرقابة حداً يغير من طبيعة الالتزام ، وتعديل جوهرة أو أن تحل محل الملتزم في إدارة المرفق وإلا خرج عقد الالتزام عن مضمونه وتغير استغلال المرفق إلى الإدارة المباشرة.(٣٢)

غير أن الإدارة تملك إنهاء عقد الالتزام قبل مدته بقرار إداري ولو لم يصدر أي خطأ من الملتزم كما قد يصدر الاسترداد بموجب قانون حيث تلجأ الإدارة إلى المشرع لإصدار قانون باسترداد المرفق وإنهاء الالتزام وهو ما يحصل غالباً عند التأميم. وفي الحالتين للملتزم الحق في المطالبة بالتعويض.

وفي مقابل إدارة الملتزم للمرفق العام وتسييره يكون له الحق بالحصول على المقابل المالي المتمثل بالرسوم التي يتقاضاها نظير الخدمات التي يقدمها للمنتفعين كما يكون له الحق في طلب الإعفاء من الرسوم الجمركية ومنع الأفراد من مزاولة النشاط الذي يؤديه المرفق.

المطلب الرابع : الاستغلال المختلط

يقوم هذا الأسلوب على أساس اشتراك الدولة أو أحد الأشخاص العامة مع الأفراد في إدارة مرفق عام.

ويتخذ هذا الاشتراك صورة شركة مساهمة تكتتب الدولة في جانب من أسهمها على أن يساهم الأفراد في الاكتتاب بالجزء الآخر.

وتخضع هذه الشركة إلى أحكام القانون التجاري مع احتفاظ السلطة العامة بوصفها ممثلة للمصلحة العامة بالحق في تعيين بعض أعضاء مجلس الإدارة وأن يكون الرأي الأعلى لها في هذا المجلس ويأتي هذا من خلال الرقابة الفعالة التي تمارسها الدولة أو الشخص العام المشارك في هذه الشركة علي أعمالها وحساباتها.

وتتم إدارة المرفق إدارة مختلطة من ممثلي الإدارة و توفر هذه الطريقة نوع من التعاون بين الأفراد والسلطة العامة في سبيل الوصول إلى إدارة ناضجة وربح معقول.(٣٣)

---

٣٢ – د.مازن ليلو راضي – العقود الإدارية – المصدر السابق – ص ٦١ وما بعدها.

٣٣ – د. عبد الغني بسيوني – القانون الإداري –المصدر السابق – ص ٤٢٩.

وقد انتشرت شركات الاقتصاد المختلط في كثير من الدول الأوربية كوسيلة لإدارة المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي لا سيما فرنسا في إدارة مرافق النقل والطاقة لما يحققه هذا الأسلوب في فائدة تتمثل في تخليص المرافق العامة من التعقيدات والإجراءات الإدارية التي تظهر في أسلوب الإدارة المباشرة، كما أنه يخفف العبء عن السلطة العامة ويتيح لها التفرغ لإدارة المرافق العامة القومية، ويساهم في توظيف رأس المال الخاص لما يخدم التنمية الاقتصادية.

المحاضرة السادسة

الوظيفـة العامة

تمارس الدولة نشاطها المرفقي من خلال موظفيها فهـم أداة الدولـة لتحقيـق أهـدافها ، وتحضى الوظيفة العامة بعناية المشرع والفقهاء في مختلف الدول ، ويتحدد دور الموظـف العـام ضيقاً واتساعاً حسب الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة فاتساع نشاط الدولة وعدم اقتـصار دورها على حماية الأمن الداخلي والخارجي وحل المنازعات بين الأفراد ، وقيامها ببعض الأشـغال العامة وازدياد تدخلها في مجالات اقتصادية واجتماعية شتى، قاد بالـضرورة إلـى ازديـاد عـدد الموظفين واهتمام الدولة بتنظيم الجهاز الإداري.

ومن ثم فقد أصبح للوظيفة العامة نظاماً خاصاً بها يحدد حقوق وواجبات الموظفين العامين وشروط التحاقهم بالوظيفة وأيضاً مسائلتهم تأديبياً.

ولا لقاء الضوء على نظرية الموظف العام نقسم هذا الباب إلى خمسة فصول على النحـو التالي:-

الفصل الأول :- ماهية الموظف العام .
الفصل الثاني :- التعيين في الوظيفة العامة .
الفصل الثالث :- حقوق وواجبات الموظف العام .
الفصل الرابع :- تأديب الموظف العام .
الفصل الخامس :- انتهاء خدمة الموظف العام .

الفصل الأول

ماهية الموظف العام

للوقوف على ماهية الموظف العام لابد من تعريف وتحديد المقصود بالموظف العام وبيان طبيعة العلاقة التي تربطه بالإدارة.

المبحث الأول

تعريف الموظف العام

لم يرد في معظم التشريعات تعريف منظم يحدد المقصود بالموظف العام.[1] ويرجع ذلك إلى اختلاف الوضع القانوني للموظف العام بين دولة وأخرى وإلى صفة التجدد المضطرد للقانون الإداري.

واكتفت أغلب التشريعات الصادرة في ميدان الوظيفة العامة بتحديد معنى الموظف العام في مجال تطبيقها.[2]

فقد نصت المادة الأولى من نظام الموظفين الفرنسي على أن " هذا النظام يطبق على الموظفين الذين يعينون في الإدارات المركزية للدولة والمصالح التبعة لها والمؤسسات العامة للدولة، ولا يطبق على القضاة والعسكريين والعاملين في الإدارات والمصالح والمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري ".[3]

ويبدو أن المشرع قد ترك أمر تعريف الموظف العام للفقه والقضاء ، ويختلف هذا التعريف في مجال القانون الإداري عنه في المجالات الأخرى كالقانون المدني والقانون الجنائي والاقتصاد السياسي فإن معناه في هذه المجالات قد يكون أوسع أو أضيق من معناه في القانون الإداري.[4]

ونبين فيما يلي مفهوم الموظف العام في التشريعات والفقه المقارن:

أولاً : في فرنسا .

لم تعط التشريعات الفرنسية تعريفا محددا للموظف العام، إنما اكتفت بتحديد الأشخاص الذين تسرى عليهم أحكام تلك التشريعات، فقد نصت الفقرة الأولى من قانون التوظيف الفرنسي رقم ٢٢٩٤ الصادرفى ١٩ اكتوبر ١٩٤٦ " يسرى على الأشخاص الذين يعينون في وظيفة دائمة ويشغلون درجة من دراجات الكادر في إحدى الإدارات المركزية للدولة أوفي إحدى الإدارات الخارجية التابعة لها أوفي المؤسسات القومية ".

وقد نص نظام الموظفين الصادر بالامر ٢٤٤/٩٥ فى ٤-٢-١٩٥٩ الذي حل محل قانون ١٩ اكتوبر ١٩٤٦ والقانون الخاص بحقوق والتزامات الموظفين رقم ٦٣٤ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٨٣ على نفس المفهوم.

---

١ - *Plantey (A) – Trate Pratique de la fonction Publique Libairie general de droit de Jurisprudence –1971 – P 19 .*

٢ - د. عبد الحميد كمال حشيش – دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي – دار النهضة العربي – القاهرة – ١٩٧٧ – ص ١٦٥.

٣- *Article (2) Lio no 83 –634 du 13 Jullet 1983 Cod administratif – Dalloz – 1987 – P 1013.*

٤ - د. محمد جودت الملط – المسؤولية التأديبية للموظف العام – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٦٧ – ص ٧.

ويتبين من ذلك أن المشرع الفرنسي يطبق أحكامه على من تتوافر فيهم الشروط الآتية:-

١. الوظيفة الدائمة.
٢. الخدمة في مرفق إداري عام.

وبذلك فهو يخرج عن نطاق الخضوع لأحكام الوظيفة العامة موظفوا البرلمان ورجال القضاء ورجال الجيش والعاملون في مرافق ومنشآت عامة ذات طابع صناعي أو تجاري.

أما على صعيد الفقه والقضاء فقد عرف الأستاذ " هوريو" ***Hauriou*** الموظفين العامين بأنهم " كل الذين يعينون من قبل السلطة العامة تحت اسم موظفين أو مستخدمين أو عاملين أو مساعدي عاملين يشغلون وظيفة في الكوادر الدائمة لمرفق عام تديره الدولة أو الإدارات العامة الأخرى ".(٥)

وعرفه دويز ***Duez*** ،وديبير ***Debeyre*** بأنه " كل شخص يساهم في إدارة مرفق عام يدار بالاستغلال المباشر من قبل الدولة ويوضع بصورة دائمة في وظيفة داخله في نطاق كادر إداري منظم ".(٦)

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الموظف هو " كل شخص يعهد إليه بوظيفة دائمة في الملاك وتكون في خدمة مرفق عام " ، واشترط المجلس أن يكون المرفق العام إدارياً.(٧)

أما المرافق الصناعية والتجارية فقد فرق فيها بين شاغلي الوظائف الإدارية والوظائف الأقل أهمية **Subalterne** واعتبر العاملين في النوع الأول من الوظائف موظفين عامين أما الوظائف الأخرى فأخضعها للقانون الخاص وعزى المجلس هذه التفرقة إلى أن شاغلي وظائف المحاسبة والإدارة أكثر ارتباطاً بالمرفق العام.(٨)

ثانيا : في مصر

اكتفى المشرع المصري شأنه شأن الفرنسي بتحديد الموظفين الذين يخضعون للأحكام الواردة في القوانين واللوائح الصادرة في شأن الموظفين العموميين.

فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة بأنه " تسري أحكام هذا الباب على الموظفين الداخلين في الهيئة سواء كانون مثبتين أم غير مثبتين ".

---

٥ *Hauriou , Precis de drioit administratif et de droit Publice , Libraire du Recueil Sirey 1933 , P 729 .*

٦- *Duze (Paull) et Debeyre (Gug) Traite de droit administratif Paris 1952 , P 641 .*

٧-*C.E. 9-4-1923 Hardonin , R.D.P 1923 , P 329 . C.E 20-12-1946 Colanie de Madagascor , D 1947 , P 404 .*

٨ - *Duez et Debeyre , Op cit , P 637 .*

ويعتبر موظفاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف الداخلة في الهيئة بمقتضى مرسوم أو أمر جمهوري أو قرار من مجلس الوزراء أو من أية هيئة أخرى تملك سلطة التعيين قانوناً.

أما في ظل القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ فقد ورد في المادة الثانية منه " يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف الدائمة أو المؤقتة بقرار من السلطة المختصة ".

وفي هذا القانون أزال المشرع التفرقة بين الوظائف الدائمة والمؤقتة ، بينما ورد في نظام العاملين المدنيين بالدول الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ " يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحده ويكون التعيين في الوظائف المؤقتة للمتمتعين بالجنسية المصرية أو الأجانب وفقاً للقواعد التي تتضمنها اللائحة التنفيذية مع مراعاة الأحكام الخاصة بتوظيف الأجانب ".

أما القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ فقد جاء أكثر إيجازاً ولم يتطرق للوظائف الدائمة والمؤقتة ولا إلى تعيين الأجانب ، إذا نصت الفقرة الأخيرة من المادة الأولى منه على أنه " يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون ، كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحدة ". وفي مكان آخر في المادة نفسها نص على سريان هذا القانون على العاملين بوزارات الحكومة ومصالحها والأجهزة التي لها موازنة خاصة بها، ووحدات الحكم المحلي ، والعاملين بالهيئات العامة فيما لم تنص عليه اللوائح الخاصة بها. بينما ذهب غالبية الفقهاء المصريين إلى تعريف الموظف العام بأنه " كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة أحد المرافق العامة يتولى إدارتها، الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية أو المرفقية، وذلك بتولي منصباً دائماً يدخل في نطاق التنظيم الإداري للمرفق "[٩]

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا الموظف العام بقولها " الموظف العام هو الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق شغله منصباً يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق"[١٠]

ويبدو من ذلك أن الفقه والقضاء المصري يشترط توافر عنصرين في المرفق العام هما:

١- العمل في خدمة مرفق عام أو أحد أشخاص القانون العام.

١- أن يقوم بعمل منتظم غير عارض.

ثالثاً : في العراق

على عكس أغلب التشريعات نجد أن المشرع العراقي قد درج على تعريف الموظف العام في صلب قوانين الخدمة المدنية وقوانين انضباط موظفي الدولة، فقد عرفه في المادة الأولى من قانون

---

٩ - د. محمد أنس قاسم جعفر – الوسيط في القانون العام – القاهرة – ١٩٨٤ –١٩٨٥– ص ٣٠٩–٣١٠.

١٠ - حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩–١٢–١٩٥٩ القضية ١٦٥ لسنة ٥ قضائية – مجموعة أحكام المحكمة العليا ١٩٦٦ ص ١٣٣٢.

انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ " كل شخص عهدت إليه وظيفة داخل ملاك الوزارةأو الجهة غير المرتبطة بوزارة ".

غير اننا نرى انه يلزم للتمتع بصفة الموظف العام ما يلي:

١. أن يعهد إليه بعمل دائم : يشترط لإضفاء صفة الموظف العام أن يشغل العامل وظيفة دائمة داخلة في نظام المرفق العام ، وبذلك لا يعد العاملون بصورة مؤقتة أو موسمية كالخبراء والمشاورين القانونيون موظفين.

ومن متممات العمل الدائم أن تكون الوظيفة داخله ضمن الملاك الدائم في الوحدة الإدارية.

ومن الواجب عدم الخلط بين الموظف الذي يعمل بعقد مؤقت في وظيفة دائمة والوظيفة المؤقتة أو الموسمية لأن شاغل الوظيفة الأولى يعد موظفاً عاماً ولو أمكن فصله بانتهاء مدة العقد.

أما الثانية فلا يعد شاغلها موظفاً عاماً تغليباً للطبيعة اللائحية لعلاقة شاغل الوظيفة الدائمة بالإدارة على العلاقة التعاقدية.

٢- أن يعمل الموظف في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام : لا يكفي لاعتبار الشخص موظفاً عاماً أن يعمل في وظيفة دائمة إنما يلزم أن يكون عمله هذا في خدمة مرفق عام Le Service Public وللمرفق العام معنيان: المعنى العضوي ويفيد المنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة، ويتعلق هذا التعريف بالإدارة أو الجهاز الإداري.

أما المعنى الآخر فهو المعنى الموضوعي ويتمثل بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة والذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة. [١١]

وقد كان المعنى العضوي المعنى الشائع في القضائين الفرنسي والمصري ثم جمعا بين المعنيين بتطور أحكامهما ومن ثم استقرا على المعنى الموضوعي.

ويشترط لاكتساب صفة الموظف العام أن تدير الدولة أو أحد أشخاص القانون العام هذا المرفق إدارة مباشرة. وبذلك لا يعد الموظفون في المرافق التي تدار بطريقة الالتزام موظفين عموميين. وكذلك العاملون في الشركات والمنشآت التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة ولو تم إنشائها بقصد إشباع حاجات عامة.

٣- أن تكون تولية الوظيفة العامة بواسطة السلطة المختصة :الشرط الأخير اللازم لاكتساب صفة الموظف العام هو أن يتم تعيينه بقرار من السلطة صاحبة الاختصاص بالتعيين.

فلا يعد موظفاً عاماً من يستولي على الوظيفة دون قرار بالتعيين كالموظف الفعلي.

---

١١ - ينظر: د. محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري المصري والمقارن - الجزء الأول - ١٩٥٨ - ص ٤٨٩ د. ثروت بدوي - مبادئ القانون الإداري - مصر - ١٩٧٣ - ص ٨٠؛ د. عثمان خليل عثمان - نظرية المرافق العامة - القاهرة - ١٩٥٨ - ص ٢٤٥؛ د. توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - ١٩٥٥ - ص ٣٨٤.

كما أن مجرد تسليم العمل أو تقاضي المرتب لا يكفي لاعتبار المرشح معيناً في الوظيفة إذا لم يصدر قرار التعيين بإدارة القانونية ممن يملك التعيين. (١٢)

المبحث الثاني

طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالإدارة

ثار الخلاف فى الفقة والقضاء فى فرنسا حول طبيعة العلاقة التى تربط الموظف بالدولة، هل هى علاقة تعاقدية ينظمها العقد ام هى علاقة قانونية تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح (الانظمة).

أولا: تكييف علاقة الموظف بالإدارة على أنها علاقة تعاقدية

كان الرأي السائد في الفقه والقضاء أن الموظف في علاقته بالدولة في مركز تعاقدي وعلى هذا الأساس ظهرت العديد في النظريات التعاقدية التي تتفق على أن العقد هو أساس هذه العلاقة إلا أنها تختلف في طبيعة هذا العقد ، فالبعض اعتبره من عقود القانون الخاص، بينما كيفه البعض الآخر على انه من عقود القانون العام.

١. نظرية العقد المدني :

مفاد هذه النظرية وجود عقد مدني بين الموظف والدولة يلتزم الموظف بموجبه بتقديم خدمه لقاء قيام الدولة بتنفيذ الإعباء المناطه بها من تقديم الأجر اللازم تحقيقاً للمصلحة العامة.

وتكييف العلاقة بين الموظف والدولة بأنها علاقة خاصة يحكمها القانون الخاص إنما يقوم على افتراض أن إبرام العقد إنما يتم بمفاوضات بين الموظف والدولة، وأن هذه المفاوضات تهدف إلى تحديد مضمون العقد من حيث موضوعه وشروطه وآثاره. (١٣)

ويبدو أن هذه النظرية مازالت تجد نوعاً من الرواج في البلاد ألا نجلوسكسونية كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية. (١٤)

٢. نظرية عقد القانون العام :

بعد أن ظهر عجز نظرية العقد المدني عن تبرير العلاقة بين الموظف والدولة ظهرت من جانب أصحاب النظريات التعاقدية ترجع العلاقة إلى عقد من عقود القانون العام على اعتبار أن هذه العقود تخول الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها لتحقيق المصلحة العامة،وحيث أن هذا العقد يهدف إلى حسن سير المرافق العام فأنه يكون قابلاً للتعديل من قبل الدولة، وبذلك لا تتقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.(١٥)

١٢- د. محمد عبد الله الحراري – أصول القانون الإداري الليبي – الجزء الثاني – ١٩٩٥ – ص ١٥.

١٣- د.أنور أحمد رسلان – وسيط القانون الإداري – الوظيفة العامة – ١٩٩٧ – ص ٩٤.

١٤- د. ماجد راغب الحلو –القانون الإداري– دار المطبوعات الجامعية –١٩٨٢– ص٢٢٢.

١٥ – د.محمود أبو السعود – المصدر السابق – ص ٩٦.

كما تملك الإدارة الحق بمسائلة الموظف إذا أخل بالتزاماته الوظيفية الناشئة عن العقد تأديبياً دون موافقة مسبقة من الموظف.

ومن أنصار هذه النظرية في مصر الدكتور عبد الحميد حشيش الذي يرى أن نظرية عقد القانون العام قد أكسبت الفكرة العقدية الأصلية مرونة، إذا أصبح في مكنه الإدارة تعديل النصوص التعاقدية بإرادتها المنفردة، ووفقاً لمشيئتها أعمالاً لمبدأ قابلية قواعد المرفق للتعديل والتغيير لمطابقة حاجات الناس المتغيرة. (١٦)

وقد اعتنق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية حتى وقت قريب ليحرم الموظفين المضربين من ضمانات التأديب.

بينما اتجه بعض أنصار هذه النظرية إلى القول بأن عقد المرفق العام هو أساس الرابطة التعاقدية بين الموظف والدولة ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه "جيلينك " الذي ذهب إلى أن الموظف وفقاً لهذا العقد يخضع لسلطة المرفق كأي سلطة محددة تلتزم بقواعد القانون، غير أن الأوامر لا تنفذ مباشرة بموجب قانون موضوعي وإنما وفقاً لحق شخصي، مكتسب بموجب هذا العقد وهو لا يتفرع عن سلطة رئاسية عليا، وإنما تنبثق منه السلطات الخاصة لرئيس المرفق.(١٧)

وقد تعرض تكيف العلاقة بين الموظف والدولة على هذا الأساس للنقد أيضاً شأن النقد الموجه لنظرية العقد المدني لأنه وأن أخرج علاقة الموظف من نطاق تطبيق أحكام القانون الخاص إلا أنه لم يتحرر نهائياً من الأساس التعاقدي لهذه العلاقة.(١٨)

وبالنظر إلى كثرة عيوب النظريات التعاقدية فقد هجرها القضاء والفقه والتشريعات المختلفة، وكان من أبرز الرافضين للنظريات التعاقدية الفقيهان ***Duguit , Hauriou*** ، وقد استند " هوريو " في رفضه هذا على تحليله لعملية تعيين الموظف، مبيناً أنها لا تتضمن مقومات التعاقد لا من حيث عناصره الشكلية ولا من حيث الموضوع.(١٩)

ثانياً : النظرية التنظيمية :

---

١٦ – د. عبد الحميد كمال حشيش – دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي – ١٩٧٧ – ص ٤٩ وما بعدها.

١٧ – د. علي جمعة محارب– التأديب في الوظيفة العامة – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – ١٩٨٦ – ص ٢٨.

١٨ – د. أنور أحمد رسلان – المصدر السابق – ص ٩٦.

١٩ – د. عبد الحميد كمال حشيش – المصدر السابق – ص ٥٠.

يدأ الفقه الفرنسي منذ أواخر القرن التاسع عشر في الاتجاه نحو تكييف العلاقة بين الموظف والإدارة بأنها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح التي درج على تسميتها في العراق الانظمة. [٢٠]

ومضمون هذه النظريات أن القوانين واللوائح هي التي تحدد شروط وأحكام الوظيفة العامة وحقوق الموظف وواجباته.

ويترتب على هذه النظرية أن الإدارة حرة في تعديل أحكام الوظيفة بإرادتها المنفردة دون حاجة لاستشارة الموظف ، ولو كان في هذا التعديل إنقاص في الامتيازات المادية والأدبية مما يتعذر معه إسباغ الصفة التعاقدية على علاقة الموظف بالدولة في هذه الحالة. [٢١]

على ان يكون هذا التعديل بإجراء عام بناءً على تعديل في قوانين التوظيف أما التعديل في المزايا المادية والأدبية بقرار فردي فلا يكون إلا بإجراء تأديبي.

ومن النتائج التي تترتب على هذا المركز اللائحي، أن قرار تعيين ونقل الموظف وترقيته وعزله هي قرارات إدارية تصدر من الإدارة وحدها، بإرادتها المنفردة دون مشاركة من الموظف.

كما لاتنقطع صلة الموظف بالوظيفة بمجرد تقديم استقالته من العمل وإنما تظل هذه الصلة قائمة إلى يتم قبول استقالته من السلطة المختصة.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالمركز التنظيمي للموظف العام منذ صدور قانون التوظيف رقم ٢٢٩٤ الصادر في ١٩ أكتوبر ١٩٦٤ إذ نصت المادة الخامسة منه على أن " علاقة الموظف بجهة العمل علاقة تنظيمية ولائحية ".

وكذلك نصت المادة الخامسة من النظام العام للموظفين الصادر بالأمر رقم ٢٤٤ في ٤ فبراير ١٩٥٩ على أن " يكون الموظف اتجاه الإدارة في مركز تنظيمي ولائحي "

وأخيراً جاء في القانون رقم ٦٣٤ في ١٣ يوليو ١٩٨٣ المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين في المادة الرابعة منه أن " الموظف اتجاه الإدارة في مركز لائحي وتنظيمي".

ولم يحدد المشرع المصري في القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ الخاص بنظام موظفي الدولة ولا في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٢٦٤ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة المركز القانوني للموظف العام غير أنّ القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة جعل الموظف في مركز نظامي إذ نصت المادة ٥٢منه على " الوظائف العامة تكليف للقائمين بها، هدفها خدمة المواطنين تحقيقاً للمصلحة العامة طبقاً للقوانين واللوائح والنظم المعمول بها ".

---

٢٠ - د. محمود أبو السعود - المصدر السابق - ص ٩٧.

٢١ - د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - ط١٩٧٩ - ص٤٣٧.

د. ماجد راغب الحلو - المصدر السابق - ص ٢٤٦. .

وقد ردد المشرع نفس النص في المادة ٧٦ من القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ الخاص بنظام العاملين المدنيين بالدولة.

اما المشرع العراقي فلم يشر الى تكييف علاقة الموظف بالدولة غير ان احكام القضاء واراء الفقه تؤكد ان الموظف في مركز تنظيمي.

الفصل الثاني

التعيين في الوظيفة العامة

لكي يلتحق الشخص بالوظيفة العامة يجب توافر بعض الشروط العامة ليتسنى بعد ذلك اختباره واصدار قرار بتعيينه.

ونقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتناول في أولهما الشروط العامة في التعيين ، ونوضح في ثانيهما الطرق المختلفة المتبعة في تعيين الموظفين العموميين، أما المبحث الثالث فنخصصه للبحث في حركة الموظف أثناء الخدمة.

المبحث الأول

الشروط المتبعة في التعيين

أن الحرص على الارتقاء بالوظيفة العامة يجعل من الضروري العناية باختبار الموظفين واشتراط توفر قدرة وكفاية فيمن يعين في الوظائف العامة تحقيقاً للصالح العام.

١ـ أن يكون متمتعاً بالجنسية العراقيه ومتمتعاً بحقوقه المدنية :

تطبيقاً لمبدأ السيادة الوطنية ورغبة الدولة في حماية أمنها وضماناً للولاء لها، فإن الدول تشترط فيمن يتولى الوظائف العامة أن يكون ممن يحملون جنسيتها وهو ما اشترطة المشرع العراقي في المادة السابعة من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ غير ان المشرع العراقي سمح للمتجنس والذي مضى على تجنسة مدة لاتقل عن خمسة سنوات ان يتولى الوظيفة العامة.

إلا أن هذا المبدأ لا يجري على إطلاقه إذ غالباً ما تستعين الدولة ببعض الأجانب في حالة الضرورة أو عدم الاكتفاء بالعناصر الوطنية المتوفرة لديها. وغالباً ما يتم ذلك لفترة مؤقتة وبعقود خاصة.

ولا يكفي لتقلد الوظيفة العامة أن يكون المرشح مواطناًعراقيا، إنما يجب أن يكون متمتعاً بالحقوق المدنية.

ويفقد الشخص تمتعه بالحقوق المدنية كعقوبة تبعية تترتب على الأحكام التي يتم إيقاعها عليه في بعض الجرائم.

٢. حسن السيرة والسلوك :

السيرة والسلوك الحسن هي مجموعة الصفات الحميدة التي يتمتع فيها الفرد وتشيع عنه فيكون موضع ثقة عند الآخرين.

ومقتضى هذا الشرط أن يكون المرشح لتولي الوظيفة العامة بعيداً عن الشبهات التي تثير الشك لدى الآخرين وتؤدي إلى الإخلال بنزاهة الوظيفة العامة.

والأصل أن كل شخص حسن السيرة والسلوك إلا إذا ثبت العكس ويقع عبء الإثبات على الإدارة العامة التي يجب عليها أن تسبب قرارها، عندما تستبعد المرشح للوظيفة ويكون قرارها هذا خاضعاً لرقابة القضاء.[٢٢]

ومن الجدير بالذكر أن تقدير حسن السيرة والسلوك أمر نسبي يختلف من مجتمع إلى آخر فشرب الخمر ولعب القمار لا يعد سوء السيرة في المجتمعات الأوربية بينما هو كذلك في المجتمعات الشرقية.

٣. ألا يكون قد تم عزله من الخدمة بقرار تأديبي نهائي :

ويعود هذا الشرط لكون أن قرار العزل يؤكد عدم صلاحية الموظف لتولي الوظيفة لأخلاله إخلالاً جسيماً بأحكامها مما أدى إلى صدور قرار تأديبي نهائي بعزله واستبعاده عن الوظيفة.

ويجب أن يكون قرار العزل نهائيا أي لا يتطلب نفاذه إجراءات أخرى من اعتماد أو تصديق من جهة إدارية عليا.

٤. إلا يقل سن المرشح عن ثماني عشر سنة :

من الضروري للقيام بأعباء الوظيفة العامة أن يكون المرشح قد بلغ سناً من النضج تؤهله لتحمل تبعات منصبه وقد حدده المشرع باكمال الثامنة عشرة من العمر واستثنى الممرضات فاجاز ان يمارسن الخدمة المدنية بعد اكمالهن السادسة عشرة المادة (٧-٢) من قانون الخدمة المدنية.ويتم إثبات سن المرشح بشهادة ميلاد مستخرجة من سجلات الأحوال المدنية أما إذا تعذر تقديمها جاز استثناء تقدير السن بإحالة المرشح على لجنة طبية ويكون قرارها غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن ولو قدمت شهادة الميلاد غير ذلك.[٢٣]

٥. أن يكون المرشح لائقاً صحياً :

يجب أن يتوافر لدي المرشح للوظيفة العامة اللياقة الصحية التي تؤهله القيام بأعباء وظيفته، ويتم التأكد من ذلك بشهادة تثبت خلوه من الأمراض ولياقته الصحية أو تتم إحالته إلى لجنة طبية مختصة..

واللياقة الصحية تختلف من وظيفة إلى أخرى فمن لا يكون لائقاً صحياً لوظيفة قد يكون لائقاً لأخرى حسب طبيعة الوظيفة وظروفها.

---

٢٢ - د. محمد أنس قاسم جعفر - المصدر السابق - ص ٣٣٦.

٢٣ - صبيح بشير مسكوني-مبادئ القانون الإداري المصدر السابق- بنغازي - ص٤٢٩.

٦. أن يكون مستوفياً للشروط اللازم توافرها فيمن يشغل الوظيفة :

يجب أن تتوافر في المرشح للوظيفة العامة المؤهلات العلمية التي تحفظ كفاءة معينة للقيام بالوظيفة. (٢٤)

المبحث الثاني

طرق اختيار الموظفين العموميين

تسعى الإدارة إلى اختيار افضل العناصر لشغل الوظائف العامة.وأساليب الإدارة في اختيار موظفيها تختلف من مجتمع إلى أخر حسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يعيشها.ولعل أهم الأساليب أو الطرق التي تتبعها الإدارة في اختيار موظفيها إنما تتم بأربعة أساليب: الاختيار الحر، الأعداد والتأهيل، الاختيار الديمقراطي. وأسلوب المسابقة والامتحان.
أولاً:أسلوب الاختيار الحر :

تتمتع الإدارة في هذا الأسلوب بحرية اختيار الموظفين، دون قيود أو ضوابط.
فالإدارة وحدها من يملك تحديد المعايير والمقومات التي يستند عليها الاختيار دون أن تكون ملزمة بالإعلان عن هذه المعايير أو تبرير اختيارها لفئة دون أخرى من المرشحين.(٢٥)

وقد سادت هذه الطريقه قديماً فقد كان يتمتع الحاكم بسلطه مطلقه فىاختيار العاملين، اذ يتم اختيارهم على اساس الثقه الشخصيه دون تطلب اى شروط موضوعيه اخرى.(٢٦)

وتتبع هذه الطريقة في اختيار كبار الموظفين نظراً لأهمية هذه الوظائف التي تتطلب فيمن يشغلها الثقة والمقدرة الفنية والكفائه السياسية.

وقد كان التعيين بهذه الطريقة منتشراً في الولايات المتحدة الأمريكية حتى عام١٨٨٣، ويعرف باسم " نظام الاسلاب و الغنائم " والتي كان مؤداها أن الحزب المنتصر في الانتخابات الرآسيه يكون له حق شغل الوظائف المهمة في الإدارات الاتحادية بعد طرد أنصار الحزب المنافس.

ومع ذلك فأن هذا الأسلوب لا يعنى أن الإدارة تملك السلطة المطلقة في الاختيار،إذ يجب أن تراعى اعتبارات المؤهلات والكفآت العلمية الأزمة لشغل هذه الوظائف تحقيقاً للصالح العام.

---

٢٤ – د. محمد عبد الله الحراري – المصدر السابق- ص٣٣.

٢٥ – د-محمد ابو السعود –المصدر السابق –ص ١٣١

٢٦ – د-انور احمد رسلان –المصدر السابق –ص ١٤٥

ثانياً : أسلوب الأعداد والتأهيل :

في هذه الطريقة تقوم الدولة بإنشاء الكليات والمعاهد المتخصصة ومراكز التعليم المهني و الأكاديمي. لأعداد الأشخاص الراغبين في تولى الوظائف العامة. وعلى الرغم من أهمية هذا الأسلوب في الأعداد للوظائف العامة فأنه يتطلب الكثير من النفقات والجهود من الدولة.

وهذه الطريقة شائعة في تأهيل الكوادر الفنية والإدارية في الجماهيرية، ومن أمثلتها مراكز إعداد المدربين ومعاهد المهن الشاملة و معاهد التمريض و البريد.

ثالثاً: أسلوب الاختيار الديمقراطي :

ويقصد بهذا الأسلوب أن يتم اختيار الموظفين عن طريق الأفراد في الوحدات الإدارية التي يراد شغل الوظيفة العامة فيها.

ويؤدى اتباع هذا الأسلوب إلى شعور الأفراد بأهميتهم لمشاركتهم في اختيار الموظفين،كما أنها تشعر الموظف بأن الأفراد قد وضعوا ثقتهم فيه مما يتوجب عليه احترامهم وتأدية رغباتهم.

رابعاً :أسلوب المسابقة والامتحان:

يعد هذا الأسلوب افضل الطرق لشغل الوظيفة العامة فهو يحقق مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة بين الأفراد، كما يؤدى إلى وصول من هم أهل لتولى المسؤولية في المناصب الإدارية.

ويعتبر اختيار الموظفين بهذا الأسلوب الأكثر انتشاراً بين الدول في الوقت الحاضر فهو ينطوي على الموضوعية في الاختيار بعيداً عن الأهواء السياسية والمحسوبية والاعتبارات الشخصية. إلا أن الدول تتفاوت في مدى تطبيقية فبعض الدول تستخدم نظام الامتحان والمسابقة في شغل الوظائف الدنيا في السلم الإداري، بينما تستخدمه دول أخرى كقاعدة عامه في الاختيار في الوظائف الدنيا والوظائف العليا على حد سواء.

ولكي يجرى الامتحان أو المسابقة في ظروف تمكن من اختيار افضل المرشحين لابد من أحاطته بضمانات وضوابط تكفل العدالة و الموضوعية في الاختيار.

ولا تجرى الامتحانات أو المسابقات على نمط واحد في كل الدول وإنما تتخذ صور متعددة فأما أن يكون الامتحان شفوياً أو تحريرياً أو بمقابلات شخصية ويمكن الجمع بين هذه الصور.

السلطة المختصة بالتعيين :

بعد انتهاء إجراءات الترشيح والتأكد من توافر شروط شغل الوظيفة العامة، يجب ان يصدر قرار من السلطة المختصة بتعيين الشخص في الوظيفة المرشح لها وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً.

وعلى ذلك فلا يعتبر موظفاً عاماً الشخص الذي يتولى واجبات وظيفية قبل صدور قرار تعيينه ولو تقاضي مرتباً لقاء عمله هذا ، ولا يعد موظفاً من يغتصب الوظيفة ويقحم نفسه عليها دون أن يصدر له قرار بالتعيين في السلطة المختصة.

إلا أنه استثناء استقر القضاء والفقه على إضفاء صفة المشروعية على الأعمال التي يجريها الموظف الفعلي وهو شخص يباشر مهام الوظيفة العامة بقرار تعيين معيب أو لم يصدر قرار بتعيينه أصلاً ، ويتم ذلك في حالتين الأولى الأحوال العادية عندما يصدر قرار بتعيين شخص في الوظيفة العامة دون اتباع الشروط والإجراءات التي يتطلبها القانون، فيكون قرار التعيين باطلاً في هذه الجهة وتبعاً لذلك تكون كافة تصرفات هذا الشخص باطلة حتماً.[٢٧]

إلا أن القضاء والفقه درج على الاعتراف بشرعية هذه التصرفات حماية للجمهور حسن النية الذي يعتمد على المظاهر الخارجية ، فمن غير المتصور أن يطلب الجمهور من الموظف إثبات صحة شغله للوظيفة العامة.

و الثانية الأحوال الاستثنائية فقد يتولى بعض الأشخاص ممارسة بعض الوظائف مؤقتاً نتيجة لحصول ثورة أو حرب أو حالة طوارئ لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، مما يقتضي الاعتراف بشرعية الأعمال التي يجرونها ويحق للموظف الفعلي في هذه الحالة أن يطالب الإدارة بمقابل قيامه بالعمل.[٢٨]

أما في غير الحالتين السابقتين فإن كل ممارسة للوظيفة العامة دون حق مشروع تعد بمثابة اغتصاب للوظيفة العامة وانتحال صفة يعاقب عليه القانون وتكون تصرفات من يباشره منعدمة وليس لمن يمارسها الحق في تقاضي أي مقابل.

الآثار المترتبة على صدور قرار التعيين :

يترتب على صدور قرار التعيين تولي مهام وظيفته المعين بها وما يستتبع ذلك من حقوق والتزامات، إذ أن العلاقة الوظيفية تبدأ من تاريخ صدور قرار التعيين، ويخضع الموظف للقوانين واللوائح الخاصة بالوظيفة العامة، ويبدأ في هذا التاريخ حق الموظف بالترقية والأقدمية.

ويترتب على صدور قرار التعيين جواز الطعن بالإلغاء ممن له مصلحة في ذلك ويعتقد أن قرار التعيين غير مشروع وأن شروط التعيين غير متوافرة أو أنه حق بالتعيين في الوظيفة التي تم شغلها.[٢٩]

و إذا صدر قرار التعيين باطلاً لاحتوائه على عيب من عيوب المشروعية ، فإن السلطة المختصة بالتعيين تملك سلطة سحب قرارها الباطل، أما الأعمال التي صدرت عن الموظف الذي تم تعيينه فإنها تعد مشروعة تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي.

---

٢٧ - ينظر :
د. صبيح بشير مسكوني – المصدر السابق – ص ٤٠٢ ؛ د. محمود أبو السعود – المصدر السابق – ص ٩٢.

٢٨ - ينظر : د. عبدالحميد كمال حشيش –المصدر السابق– ص٢٠٣؛ د. ثروت بدوي –القانون الإداري – المجلد الثاني "النشاط الإداري" – ص٦١؛ د. مصطفى أبو زيد فهمي – الوجيز في القانون الإداري– ١٩٥٧ – ص١٦٥.

٢٩ - د. صبيح بشير مسكوني – المصدر السابق – ص ٤٤٦.

المبحث الثالث

حركة الموظف أثناء الخدمة

قد تطرأ على الحياة الوظيفية للموظف تغييرات معينة طبقاً لمتطلبات العمل الوظيفي والمصلحة العامة ، فقد ينقل الموظف نقلاً نوعياً أو مكانياً أو ينتدب إلى وظيفة أخرى لمدة معينة أو تتم إعادته إليها ، وسوف نبين هذه المواضيع تباعاً: -

أولاً : النقل

الأصل أن الإدارة تملك سلطة تقديرية واسعة في نقل موظفيها من وظيفة إلى أخرى بحكم خضوعهم إلى مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت ولها حرية تقدير ظروف العمل ومقتضياته وليس للموظف الحق في الطعن بقرار النقل قضائياً اللهم إلا بطريق التظلم .

والنقل نوعان، فهناك النقل المكاني والنقل النوعي:

١. النقل المكاني

يقصد بالنقل المكاني أن يتم تغيير مكان عمل الموظف من مكان إلى آخر مع ممارسته لذات الوظيفة التي كان يمارسها سواء أكان النقل داخل الدائرة التي يعمل فيها الموظف أم خارجها.

٢. النقل النوعي

ويقصد به أن يسند إلى الموظف وظيفة أخرى غير وظيفته الأصلية التي تم تعيينه فيها من حيث الدرجة أو الأقدمية أو المرتب ، سواء أكان النقل في داخل الوحدة الإدارية التي كان يعمل فيها أو إلى إدارة أخرى.

وفي هذه الحالة تختص محاكم القضاء الإداري بالرقابة على قرار الإدارة بنقل موظفيها لانطواء القرار على آثار سلبية تلحق الموظف ، ولاحتمال أن تسعى الإدارة من وراء قرارها بالنقل إلى معاقبة الموظف كوسيلة مقنعة لتأديبه.

ثانياً : الندب

يقصد بالندب أن يسند إلى الموظف مؤقتاً وظيفة أخرى خارج الجهة التي يعمل فيها مع احتفاظه بدرجته الوظيفية.

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية بشأن انتداب موظفيها دون معقب من القضاء الإداري بشرط عدم إساءة استعمال هذه السلطة ، فإذا انحرفت الإدارة في استعمال سلطتها وسعت من وراء قرارها بالندب إلى معاقبة الموظف بغير الطريق التأديبي فإن قرارها يعد بمثابة القرار التأديبي ويختص القضاء الإداري بنظر الطعن فيه.

ثالثاً : الإعارة

الإعارة هي توقف الموظف مؤقتاً عن أداء وظيفته والتحاقه بعمل آخر لدى إدارة أخرى يخضع لشروطها ويتقاضى مرتبها أو مرتبه الكامل مضافاً إليه نسبة مئوية معينة مع بقاء علاقة الموظف بجهة عمله الأصلية من حيث العلاقات والأقدمية والترقيات.

ويترتب على انتهاء الإعارة قبل مدتها بقرار من الجهة المعيرة أو بناء على طلب الجهة المستعيرة أو طلب الموظف نفسه ، عودة الموظف المعار ليشغل وظيفته الأصلية إذا كانت شاغرة أو أي وظيفة أخرى من ذات درجته.

الفصل الثالث

حقوق وواجبات الموظف العام

كفل المشرع للموظف العام جملة من الحقوق حددها في القوانين واللوائح وفي مقابل ذلك ألزمه بواجبات محددة لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على ما يخالفها باعتبارها من النظام العام ، وسنتطرق في هذا الفصل إلى الحقوق والواجبات التي يلتزم بها الموظف العام وفي مبحثين.

المبحث الأول

حقوق الموظف العام

تأميناً لفاعلية الوظيفة العامة ولتوفير الاطمئنان للموظف العام فقد حدد المشرع جملة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الموظف منها ما هو ذي طبيعة مالية ومنها ما هو ذي طبيعة أدبية ، نتناولها تباعاً:

- المرتب وملحقاته.
- الترقية
- الإجازات.

أولاً : المرتب وملحقاته .

يقصد بالمرتب المبلغ المالي الذي يتقاضاه الموظف شهرياً نظير القيام بمهام وظيفته، ويحض ويدخل ضمن معنى المرتب كافة المزايا المالية الأخرى الملحقة به كالمرتب الإضافي وبدل السفر والإقامة وعلاوة السكن والعلاوات الأخرى.

ويعد حق الموظف في تقاضي المرتب أهم حقوق الموظف لأنه السبب الرئيس في التحاقه بالوظيفة غالباً، ولأهميته تلك فقد أضفى عليه المشرع حماية خاصة كما يختص القضاء الإداري في نظر المنازعات المتعلقة بالمرتبات التي يتقاضاه الموظفون.

وتقسم العلاوات إلى نوعين:

١. العلاوات الدورية: وتمنح للموظف سنوياً اعتباراً من أول الشهر التالي لانقضاء سنة من تاريخ التعيين أو منح العلاوة السنوية السابقة.

ويستحق الموظف العلاوة السنوية بصفة اعتيادية ولو تمت ترقية الموظف إلى درجة أخرى، إلا أن المشرع اشترط أن يؤدي الموظف خدمته بصورة مرضية.

٢. العلاوة التشجيعية: أجاز المشرع منح الموظف مكافأة تشجيعاً على بذل أقصى قدر ممكن من الجهد في العمل تعادل العلاوة الدورية المقررة له و لا يؤثر منح هذه العلاوة على منح العلاوة الدورية في موعدها السنوي.

ثانياً : الترقية .

يقصد بالترقية كل ما يطرأ على الموظف من تغيير في مركزه القانوني يكون من شأنه تقديمه وتميزه عن أقرانه.

والترقية تحقق للموظف مزايا مادية ومعنوية فهي تفسح المجال للموظف في الوصول إلى المناصب العليا فيحقق بذلك طموحه في الحصول على درجة مالية أكبر واختصاصات أكثر أهمية.

ثالثاً : الإجازات .

كل موظف لابد له من الراحة من عناء العمل لتجديد نشاطه، كما أن ظروفه الصحية والاجتماعية قد تضطره لطلب الإجازة.

كما أن المصلحة العامة تقتضي في كثير من الأحيان منح الموظف فترة من الراحة ليعود بعدها نشيطاً وكفوءً لممارسة عمله.

١. الإجازة الاعتيادية

وهي الإجازة التي تتقرر اعتياديا من أجل الراحة من عناء العمل ولتجديد نشاط الموظف مما ينعكس على كفاءته في تأدية وظيفته وقد حددتها الماده (٤٣) من قانون الخدمة المدنية بيوم واحد عن كل عشرة ايام خدمة براتب تام ويجوز ان تتراكم الاجازات لمدة (١٨٠) يوما على ان لايمنح الموظف لكل مرة اكثر من (١٢٠) يوما براتب تام ، والادارة ليست ملزمة بمنح الاجازة في اي وقت يحدده الموظف فقد لايتلائم الوقت مع متطلبات العمل في المرفق ، غير ان الاداره لاتستطيع الامتناع عن منح الاجازة لمدة تزيد على ستة اشهر.

هذا ويستحق الموظف عند احالتة على التقاعد راتب الاجازات المتراكمه لحد (١٨٠) اما مازاد على ذلك فيضاف الى مدة الخدمة التقاعدية.

٢. اجازة الامومه

وهي اجازة تمنح الى الام الموظفة الغايه منها التفرغ لرعاية طفلها الذي لم يتجاوز عمرة سنة واحدة ومدتها سنة واحدة بدون راتب .

٣. اجازة الحمل والولاده

وهي اجازة تستحقها الموظفة الحامل ومدتها (٧٢) يوما براتب كامل على ان تتمتع بما لا يقل عن (٢١) يوما منها قبل الوضع ويجوز ان تتكرر هذه الاجازة كلما تكرر الحمل والوضع.

٤. الإجازة المرضية .

من المهم الحفاظ على صحة الموظف العام ليتمكن من القيام بمهامه الوظيفية على أكمل وجه، وعلى ذلك كان من الواجب على المشرع أن يوفر العناية الأزمة للموظف من خلال منحه إجازة إذا لحق به مرض يحول دون قيامه بعمله على الوجه المطلوب.

ومدة الاجازه المرضية ثلاثون يوما عن كل سنة كاملة من الخدمة براتب تام واجازة مرضيه بنصف راتب لمدة خمسة واربعون يوما خلال السنة.

ويمكن ان تتراكم الاجازات المرضية على ان لاتتجاوز ١٢٠ يوما براتب تام ويليها ٩٠ يوما بنصف راتب على ان لايتجاوز مجموع الاجازة المرضيه خلال الخمس سنوات التي تسبق انتهاء مدة الاجازة ١٨٠ يوما براتب تام ومثلها بنصف راتب.

اما اذا استنفذ الموضف رصيده من الاجازات المرضيه والاعتيادية فيجوز منحة اجازة بدون راتب لمد اقصاها ١٨٠ يوما واذا لم يلتحق بالخدمة بانتهائها يجوز احالته على التقاعد. مالم يكن مصابا بمرض مزمن او يستعصي علاجه فقد اجازت المادة ٤٦ من قانون الخدمة المدنيـة منحـة اجازة براتب تام لمدة اقصاها سنتان يحال على التعاقد بعدها اذا لم يستانف عمله ، كما اجاز قرارمجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٣٩٢ لسنة ١٩٨٠ ان تكون هذة الاجازة براتب ولمدة ثلاث سنوات.

١ – اجازة المصاحبة الزوجية

يجوزمنح الزوجه اجازة لمصاحبة زوجها الموظف الذي يزاول وظيفة او طالب البعثة لاكمال دراستة في خارج العراق ماتستحقه من اجازة اعتيادية براتب تام وما جاوز ذلك بدون راتب على ان تتمتع الزوجه بهذه الاجازة مرة واحدة خلال وجود الزوج في مكان واحد.

٢ – الاجازة الدراسيه

اجاز المشرع العراقي منح الموظف اجازة دراسية براتب تام اذا كان الموظف يحمل شهادة جامعية اولية او عليا واكمل سنتين في خدمة وظيفية فعلية لاكمال دراستة خارج القطر والحصول على شهادة اعلى وتكون مدة الاجازة هي المدة التي تتطلبها الدراسة وتعلم اللغة وفق الشروط المعتمدة بالنسبة لطلبة البعثات. ويجوز تمديد الاجازة للحصول على شهادة اعلى. كما يجوز ان تمنح الاجازة للموظف الذي اكمل سنتين من الخدمة الفعلية للحصول على شهادة جامعة اولية او عليا داخل القطر.

المبحث الثاني

واجبات الموظف العام

في مقابل الحقوق التي يتمتع بها الموظف العام يجب أن يؤدي مهام معينة ضماناً لحسن سير الوظيفة العامة ، وقد تعرض المشرع لواجبات الموظفين. ولابد من الإشارة إلى أن هذه الواجبات ليست محددة على سبيل الحصر ، وإنما هي واجبات عامة ناتجة عن طبيعة الوظيفة العامة ، وقد نص المشرع على الأساسية منها والتي سنبينها تباعاً:

- أداء العمل.
- طاعة الرؤساء.

- احترام القوانين واللوائح.
- عدم إفشاء أسرار الوظيفية.
- المحافظة على شرف وكرامة الوظيفة.
- عدم جواز الجمع بين الوظيفة وأي عمل آخر.
- عدم ممارسة الأعمال السياسية والمناهضة للدولة.

أولاً : أداء العمل

الواجب الأول والجوهري الذي يلتزم به الموظف هو أن يؤدي العمل بنفسه وفي الوقت والمكان المخصصين لذلك، وهذا الواجب من النظام العام لا يجوز للموظف أن يتنازل عنه أو ينيب غيره فيه لتعلقه بقواعد الاختصاص المحددة قانوناً.(٣٠)

ويتفرع من هذا الواجب أن يقوم الموظف بالعمل بدقة وأمانة،وأن يبذل غاية جهده فيه تحقيقاً للمصلحة العامة.

ويلزم أن يكون عمل الموظف خلال ساعات العمل منتجاً فلا يعنى هذا الواجب أن يتواجد الموظف بمقر وظيفته دون أن يؤدي عملاً، كما يجوز أن يكلف الموظف بعمل في غير الأوقات الرسمية المحددة سلفاً إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وله أن يحصل على أجر إضافي مقابل ذلك.

ثانياً : طاعة الرؤساء

ويمثل واجب إطاعة المرؤوس لرؤسائه أحد الواجبات الهامة التي تقع على عاتق الموظف العام ويتوقف نجاح التنظيم الإداري على كيفية تلقي الأوامر وكيفية تنفيذها.

والطاعة الرأسية مناطها السلم الإداري أو التدرج الرأسي الذي يقوم على أساس خضوع كل طبقة من الموظفين لما يعلوها من طبقات. (٣١)

وتتضمن سلطة الرئيس على مرؤوسيه مجموعة من الاختصاصات بعضها يتعلق بشخص المرؤوس والأخر يتعلق بأعماله.(٣٢)

تتضمن سلطة الرئيس على أشخاص مرؤوسيه الكثير من الاختصاصات منها ما يتعلق بالحق في التعيين والاختيار وحق الرئيس في تخصيص مرؤوسيه لأعمال معينه أو نقلهم وترقيتهم وإيقاع العقوبات التأديبية عليهم.

---

٣٠ - ينظر: د. سلمان محمد الطماوي - قضاء التأديب - مجلة العلوم الإدارية - العدد الأول - ١٩٦٠ - ص ١٥٠؛ د. محمد عاطف البنا - مبادئ القانون الإداري - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٩ - ص ٢٣٣؛ د. عبد القادر الشيخلي - النظام القانوني للجزاءات التأديبية - عمان - دار الفكر العربي - ١٩٨٣ - ص٢٥٢.

٣١ - د.سليمان محمد الطماوى ـ قضاء التأديب ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٥

٣٢ - د. مازن ليلو راضي - الطاعه وحدودها فى الوظيفة العامة ـ دار المطبوعات الجامعية ـ الاسكندرية ـ ٢٠٠٢ ـ ص ٥٠

أما سلطة على أعمال مرؤوسيه فتتضمن حقه في توجيه مرؤوسيه عن طريق إصدار الأوامر والتوجيهات إليهم قبل ممارسة أعمالهم وسلطة مراقبة تنفيذهم لهذه الأعمال والتعقيب عليها، فيملك الرئيس سلطة إصدار الأوامر والتعليمات الملزمة للمرؤوسين.[٣٣]

وطاعة الموظف أمر مفروض تمليه طبيعة الوظيفة العامة وضرورة استمرارها إلا أن هذه الطاعة يجب أن تكون مقصورة على ما يتعلق بالعمل وحده ولا تمتد إلى خارجه كالحياة الخاصة للموظف إلا إذا كانت الحياة الخاصة تؤثر على أداء الموظف لعمله.

ويجب أن يكون الأمر صادراً للموظف عن رؤسائه المباشرين في نفس الوزارة أو المصلحة أو الإدارة[٣٤] وللموظف أن يتجاهل الأمر الصادر إليه من موظف آخر أعلى منه درجه لكن لا تربطه به أي صله رئاسية مباشرة أو غير مباشرة.[٣٥]

إلا أن هذه الأوامر يجب أن تكون مشروعه حتى تكون محلاً للطاعة فإذا كانت غير مشروعه فالأصل أن الموظف غير ملزم بتنفيذها إلا إذا نبه رئيسه كتابه إلى أن ما أصدره إليه من أوامر تتعارض مع مبدأ المشروعية، فإذا أصر الرئيس على موقفه كتابة وطلب تنفيذ أوامره، ففي هذه الحالة يكون واجباً على الموظف التقيد بهذه التعليمات ويتحمل الرئيس المسؤولية الناتجة عن تنفيذ هذه الأوامر.

بينما نجد أن المشرع الفرنسي في قانون التوظيف الفرنسي رقم ٦٣٤ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٨٣ أكد ضرورة الامتثال لجميع التعليمات الصادرة من الرئيس الإداري إلى موظفيه، حتى لو كانت هذه الأوامر غير مشروعه إلا إذا كان من شأنها أن تهدد المصلحة العامة تهديداً جسيماً.[٣٦] وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه.[٣٧]

وفي جميع الأحوال ليس للرئيس أن يكلف أحد مرؤوسيه بارتكاب جريمة وليس للمرؤوس أن يطيع الأمر الموجه إليه إذا كان يعلم انه ينطوي على ارتكاب جريمة وليس له أن يدفع بجهله للقانون بهذا الشأن، فمن حق الرئيس بل من واجبه الامتناع عن تنفيذ الأوامر التي تشكل جريمة يعاقب عليها القانون، وإلا تعرض للمسؤولية الجنائية فضلاً عن مسئوليته التأديبية.

ويتفرع من واجب الطاعة التزام آخر هو احترام الموظف رؤسائه وتمسكه بآداب اللياقة في مخاطبتهم، وهذا الالتزام يحد من حرية تعبير المرؤوس عن مشاعره وأفكاره.[٣٨]

---

٣٣ - *Waline (m) – Traite de droit administratif – Sirey – 1963 - P 290.*

٣٤ - *Fougere (Louis) – La fonction Publique – Institut International dessciences administratives – Bruxelles – 1966 – P 310.*

٣٥ - *Francois La chaume (J) La fonction Publique – Dalloz – 1992 – P 75.*

٣٦ - *Article (26) Loi No 634 du (13) Juillet – 1983 Cod administratif Dalloz 1987 – P 1018 .*

٣٧ - *Plantey (A) – Trate pratique de La fonction Publique 1971 – P 443.*

٣٨ - *Plantey – Op – Cit – P 442.*

فالموظف يجب أن يتقيد بالحدود اللازمة للمحافظة على كرامة رؤسائه وحرمة الوظيفة عندما يجد نفسه مجبراً على ابدأ آرائه ومقترحاته بشأن مسألة معينه. تقول الأستاذة (كاترين)*catherine* في هذا الشأن " أن الطاعة فضيلة أخلاقية، عندما يتعلق الأمر بطلب تضحيات شخصيه، فيجب أحياناً التنازل عن اراء وقيم متمسك بها والتدريب على السيطرة على الإرادة وهذا يتم أحياناً بالقسوة ".(٣٩)

ثالثاً: احترام القوانين واللوائح :

يلتزم الموظف بواجب احترام القانون بمعناه الواسع فيشمل ذلك احترام الدستور واللوائح والتعليمات والأوامر الرآسية.

أما فيما يتعلق بالمحظورات على الموظف العام فانه يحظر على الموظف بالذات أو بالواسطة أن يقوم بأي عمل من الأعمال المحظورة أو المحرمة بمقتضى القوانين أو اللوائح أو الأنظمة المعمول بها.

وفي حالة مخالفة الموظف هذا الواجب فانه يعرض نفسه للمسئولية التأديبية والجنائية إذا ما توافرت شروطها.

رابعاً: عدم إفشاء أسرار الوظيفة.

يطلع الموظف بحكم وظيفته على أمور وأسرار يتعلق بعضها بمسائل تمس المصلحة العامة للدولة كالأسرار العسكرية والاقتصادية والسياسية وبعضها يتعلق بمصلحة الأفراد وحياتهم الخاصة.

وفي الحالتين يلتزم الموظف بعدم إفشاء هذه الأسرار ويبقى هذا الالتزام سارياً حتى بعد انتهاء خدمة الموظف العام.

ويزول هذا الواجب إذا فقد الموضوع سريته أو صار معروفاً بطبيعته، أو لإلغاء الأمر الذي فرض هذه السرية(٤٠). أو سمحت السلطات المختصة بإفشاء السر أو أذن صاحب السر بإفشائه أو إذا كان من شأن إذاعة السر منع ارتكاب جريمة.(٤١)

ويترتب على مخالفه الموظف لهذا الواجب تعرضه للمسؤولية التأديبية والمسؤولية الجنائية إذا يشكل إفشاء أسرار الوظيفة جريمة بنص قانون العقوبات العراقي.

خامساً: المحافظة على شرف وكرامة الوظيفة.

---

٣٩ *Catherine (R) - et Jhuillier (G) Melanges en Inonner du Professeur Problems de droit Pulalic Contempran 1974 – P 585 .*

٤٠ – د. على جمعه محارب – المصدر السابق – ص ١٥٧.

٤١ – د. محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – القاهرة – ١٩٧٥ – ص ٤٣٠.

حرصت التشريعات على عدم قصر مسؤولية الموظف على الاخلال بواجباته فى داخل نطاق الوظيفة، انما اخذت تتدخل فى سلوكه وتصرفاته فى الحياة الخاصة والعامة لتمنع كل مايخل بشرف وكرامة الوظيفة العامة.

وغاية المشرع من هذه المحظورات أن يبعد الموظف عن مواطن الشبهات والريبة وهى محظورات وردت علي سبيل المثال لا الحصر.

سادساً: عدم جواز الجمع بين الوظيفة وأي عمل آخر.

حفاظاً على نشاط الموظف وأداء عمله بدقه وكفائه حظر المشرع في قانون الخدمة المدنية الجمع بين الوظيفة وأي عمل الا في الأحوال التي يجوز فيها لذوى المؤهلات المهنية والعلمية مزاولة هذه المهن في غير أوقات العمل الرسمي.

الفصل الرابع

تأديب الموظف العام

إذا أخل الموظف العام بواجب من واجبات الوظيفة، لابد أن يعاقب أو يجازى تأديبياً.

وسنتناول في هذا الفصل مفهوم الجريمة التأديبية بالعقوبات التأديبية والسلطات المختصة بالتأديب وضمانات التأديب في أربعة مباحث على التوالي:

المبحث الأول

مفهوم الجريمة التأديبية

في العادة لا يضع المشرع تعرفاً محدداً للجريمة التأديبية[٤٢] كما هو الشان في الجريمة الجنائية ويكتفي غالباً بإيراد الوجبات والمحظورات وينص على أن كل موظف يجب أن يلتزم بهذه الواجبات ويمتنع عن كل ما يخل بها.

ولعل خشية المشرع في إضفاء وصف الجريمة على المخالفات التأديبية يعود إلى التشابه الذي قد يحصل بينها وبين الجريمة في المجال الجنائي:

لكن الفقه من جانبه قد سد النقص في هذا المجال فقد عرف الدكتور مغاورى محمد شاهين الجريمة التأديبية بأنها إخلال بواجب وظيفي أو الخروج على مقتضاها بما ينعكس عليها.[٤٣]

---

٤٢ – اعتاد بعض الدارسين استعمال عبارة الجرائم التاديبية وهذا مما لا تجيزه اللغة الان الوصف يوقع فى التناقض فالجريمة لاتؤدب بل هى مفسدة للاداب ولكن المواخذة عليها هى التى توصف بالتاديبية اما عبارة الجرائم ذات العقوبة التادبية فاستعمال لايخالف القواعد اللغوية ومع ذالك آثرت استعمال عبارة (الجرائم التادبية) رغم مخالفتها جرياً على ماذهب اليه اغلب الفقهاء.

٤٣ – د. مغاوري محمد شاهين –القرار التأديبي وضماناته ورقابته القضائية بن الفاعلية والضمان – مكتبة الأنجلو المصرية – ١٩٨٦ – ص ٢٠٥.

وعرفها الاستاذ الطماوى تعريفاً مقارباً فقال: "انها كل فعل أو امتناع يرتكبه العامل ويجافى واجبات منصبه"[٤٤]، كما عرفها الاستاذ محمد مختار محمد عثمان بانها كل فعل أو امتناع عن فعل مخالف لقاعدة قانونية أو لمقتضى الواجب يصدر من العامل اثناء اداء الوظيفة أو خارجها مما ينعكس عليها بغير عذر مقبول.[٤٥]

ومن الملاحظ أن هذه التعاريف قد جاءت خالية من الاشارة الى دور الارادة بوصفها ركن من اركان الجريمة التأديبية لايمكن ان تقوم الجريمة بدونه وان هذا الاتجاه لو اصبح اتجاهاً عاماً فانه سيؤدي الى مساواه حسن النية من الموظفين بسيئ النيه ولاشك ان ذلك يقود الى التطبيق العشوائى للمساءلة التأديبية مما يترك اثراً سلبياً على العمل فى المرفق.

ويمكننا تعريف الجريمة التأديبية بأنها كل فعل أو امتناع إرادي يصدر عن الموظف من شانة الإخلال بواجب من واجبات الوظيفة التي ينص عليها القانون فهذا التعريف يجمع بين جنباته أركان الجريمة التأديبية كافة من ركن مادي ومعنوي وشرعي وركن الصفة.

أولا: الخطأ أو الآثم التاديبي :

الخطأ التأديبي لا يخضع لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص كما هو الشان في الجريمة الجنائية فالموظف عليه أن يتجنب الواقع في كل ما يعتبر أخلالاً منه بواجب من الواجبات الوظيفية سوا كان هذا الإخلال بفعل ايجابي أو كان بفعل سلبي ويكون هذا الخطأ مستوجباً لقيام المسوؤلية الإدارية سواء نتج عنه ضرر أم لا.

فالضرر يكون مفترضاً لكونه اثر للإخلال بواجبات الوظيفة باعتباره إخلالاً بالصالح العام.[٤٦]

أما تقدير ما إذا كان فعل الموظف يشكل خطأ تأديبياً أم لا فالأمر لا يخرج عن معيارين استند إليهما الفقه في قياس سلوك الموظف المنحرف.

فالخطأ قد يقاس بمعيار شخصي ومضمونة أن ينظر إلى سلوك الموظف المخطئ ويوزن في ظروف معينة فيعتبر مخطئا إذا كان سلوكه دون المعتاد منه في مثل تلك الظروف[٤٧] ولاشك أن هذا المعيار منتقد فهو يجحف الموظف النشيط الدائب في العمل يؤاخذ على اهمالة اليسير غير المعتاد منه أما الموظف المهمل فلا يسال عن إخلاله بواجبه ما دام إهماله معتاد وهذه نتيجة غريبة لا يمكن معها الاعتماد على هذا المعيار في قياس الموظف أما المعيار الأخر وهو المعيار الموضوعي فينظر فيه إلى الفعل الذي ارتكبه الموظف ويقاس وفق المألوف من سلوك الموظف المعتاد ، في ذات فئة الموظف الذي يراد قياس سلوكه فيعتبر الموظف مخطأ إذا خرج عن هذا

---

٤٤ - د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، المصدر السابق، ص٤٩.

٤٥ - د. محمد مختار محمد عثمان - الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة - ط١ - دار الفكر العربي - ١٩٧٣ - ص ٦٦ .

٤٦ - د. مغاوري محمد شاهين - قرار التاديبي - المصدر السابق - ص ٢٦٢ .

٤٧ - محمد جودة الملط - المسؤولية التأديبية للموظف العام - المصدر السابق - ص ٨٦ .

المألوف وهذا المعيار هو السائد العمل فيه فقهاً وقضاء[٤٨] ، فالمعيار الموضوعي معيار واقعي يراعى في التطبيق الظروف التي صدر فيها التصرف من ناحية الموظف الذي قام بالفعل من حيث سن الموظف وحالته الصحية وجنسه ومن ناحية الزمان والمكان والبيئة وافتراض أن الموظف المعتاد أحاطت به نفس الظروف التي أحاطت الموظف الذي ينسب الخطأ إليه ويوزن التصرف في هذا الأساس فإذا كان تصرف الموظف المعتاد مشابها لتصرف الموظف المخطئ فلا مسؤولية على الأخير أما لو حصل العكس فان الموظف يعتبر مرتكباً لخطأ يستوجب المسألة التأديبية ، فالمعيار الموضوعي لم يعد معيار موضوعياً خالصاً فهو موضوعي في الأساس إلا انه شخصي عندما يقيس ظروف الموظف المخطئ الذي يتعين الاعتماد عليه وهذا المعيار هو الأقدر على تقرير متى يعتبر الموظف مخالفا لواجباته الوظيفية ومتى يمكن مساءلته تأديبياً.

ثانياً : التمييز بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية :

تختلف الجريمة التأديبية عن الجريمة في المجال الجنائي من حيث الطبيعة والأركان.[٤٩]

ويمكن أن نوجز ما تتميز به الجريمة التأديبية عن الجريمة في النظام الجنائي بما يلي:

١. من حيث الأشخاص:

يشترط لوقوع الجريمة التأديبية أن يكون الفعل المعاقب عليه قد ارتكبه موظف مرتبط بالإدارة برابطه وظيفية.[٥٠]

وهذا مادعى الفقه إلى القول بان نظام التأديب نظام " طائفي " اى انه يتعلق بطائفة في المجتمع على عكس النظام العقابي الذي يتصف بالعموميه و الشمول.[٥١]

٢. من حيث الأفعال المكونة للجريمة:

أن الجرائم التأديبية ليست محدده على سبيل الحصر لذلك فهي لا تخضع لمبدأ " لا جريمة و عقوبة إلا بنص " و إنما مددها الإخلال بكرامة الوظيفة و الخروج على مقتضيات الواجب وتقرير قيام الجريمة من عدمه خاضع لتقرير الإدارة.[٥٢]

أما الجريمه فى المجال الجنائى فحدده على سبيل الحصر.

٣. من حيث الهدف:

---

٤٨ – د. عبد الوهاب البنداري – المسؤولية التأديبية والجنائية للعاملين بالحكومة والقطاع العام – ١٩٧١ – ص ٥٤ .

٤٩ – د.محمود حلمي – تأديب العاملين بالجهاز الادارى وبالقطاع العام – مجلة ادارة قضاء الحكومية العددالثانى ١٩٦٩ – ص٢٨٦

٥٠ – د. مازن ليلو راضى –الطاعة وحدودها فى الوظيفة العامة– المصدر السابق، ص٩٥

٥١– د. مغاورى محمد شاهين –المساءلة التاديبية– المصدر السابق –ص ١٢٤

٥٢ – د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، الضمانات التأديبية فى الوظيفة العامة، ط ١٩٧٩، ص٢٤

يهدف النظام التاديبى الى حسن اداء الموظفين لاعمالهم وضمان سير المرافق العامه بانتظام واطراد. اما فى النظام الجنائى فالامر يتعلق بحماية المجتمع كله وضمان استقراره وامنه.

٤.من حيث المسؤولية:

تستقل الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية من حيث المسؤولية، فان إعفـاء الموظـف من المسؤولية الجنائية وإلغاء التهمه الجنائية المنسوبة إليه لا يمنع مـن مـساءلته تأديبيـاً(٥٣)، فالمخالفة التأديبية أساساً قائمة على ذاتها مستقلة عن التهمة الجنائية ، قوامها مخالفة الموظـف العام لواجبات وظيفته ومقتضياتها ، وهذا الاستقلال قائم حتى ولو كان هناك ارتباط بين الجريمتين، فالموظف قد يسأل تأديبياً لمخالفته النصوص التشريعية أو العـرف الإداري ومقتـضيات الوظيفـة العامة، في حين أن الجريمة الجنائية لا تتقوم إلا إذ خالف الفاعل نصاً تشريعياً.

٥. من حيث نوع العقاب المفروض:

أن العقاب التأديبي يتعلق بالمساس بمركز الموظف ومتعلقاته، ويكون بإيقاع مجموعة من الجزاءات محددة على سَبيل الحصر، وأثارها محددة سلفاً أما في النظام الجنائي فإن العقاب يتعلـق بالمساس بحرية الشخص أو حياته أو ماله، وللقاضي الحرية في تقـدير العقوبـة وفـق الواقعـة المنظورة في الحدود المسموح بها قانوناً.

٦. من حيث الإجراءات:

تتميز الجريمة التأديبية في الجريمة في المجال الجنائي، من حيـث الإجـراءات الواجـب اتباعها منذ ارتكاب الموظف للجريمة ومساءلته عنها وحتى إيقاع الجزاء عليه، وهذه الإجـراءات تنظمها قوانين خاصة بالوظيفة العامة والموظفين.

أما الجريمة في المجال الجدنائي فلها أصولها الخاصة التي تنظمها القوانين العامة كقانون الإجراءات الجنائية وقانون المرافعات المدنية.(٥٤)

إلا أن الاختلافات السابقة لا تنفي وجود نوع الترابط والصلة بين الجريمتين التأديبية والجنائية، فالجريمتان عبارة عن سلوك شاذ يعاقب عليه القانون ويجب تجنبه تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن يرتكبه يعرض نفسه للمساءلة والعقاب المناسب.

٥٣- ينظر :

د. فهمي محمد إسماعيل – سلطة التأديب بين الإدارة والقضاء – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – ١٩٨٠ – ص ٥٩ .

د. عادل يونس – الدعوى التأديبية وصلتها بالدعوى الجنائية – مجلة الإدارة قضايا الحكومة – العدد ١٩٧٥ – ص ٥٢ .

د. على خليل إبراهيم – جريمة الموظف العام – المصدر السابق – ص ١٩ .

٥٤- أن هذا القول لا يعني الابتعاد التام عن تطبيق القواعد الإجرائية في لاقوانين العامة على ارتكاب الموظف للجرائم التأديبية ، فهذه القوانين تعتبر مرجعاً عاماً يجب تطبيقه عند اللزوم .

كما أن هذا السلوك المنسوب إلى الموظف قد يشكل جريمتين جريمة تأديبية وأخرى جنائية، ولكن المساءلة التأديبية لا تتقيد بالمحاكمة الجنائية إلا فيما يتعلق بوقوع الفعل المكون للجريمة من الموظف أو عدم وقوعه ، وفضلاً عن ذلك قد تعتبر بعض الع عقوبات التأديبية بمثابة عقوبة تكميلية للعقوبات في المجال الجنائي.

ثالثاً : أركان الجريمة التأديبية .

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الجريمة التأديبية بصورة عامة ولهم في ذلك مذاهب كثيرة فكان لكل فقية رأيه الخاص.

فذهب الأستاذ الطماوي إلى أن الجريمة التأديبية تقوم على عنصرين هما الموظف والخطأ أو الذنب الإداري.(٥٥)

وذهب الأستاذ ماجد راغب الحلو إلى أن الجريمة التأديبية تقوم على ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي.(٥٦) .

بينما ذهب الأستاذ عبد الفتاح حسن إلى أن الجريمة التأديبية تقوم على ثلاثة أركان أو عناصر العنصر المادي والعنصر المعنوي ونصر الصفة.(٥٧)

والراجح أن أركان الجريمة التأديبية هي نفس الأركان في أي جريمة أخرى هي الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي وللطبيعة الخاصة التي تتميز بها الجريمة التأديبية يكون الركن الرابع فيها ركن الصفة.

١ . الركن المادي:

يتعلق هذا الركن بماديات الجريمة ومظهرها الخارجي ةلا خلاف في عدم قيام أي جريمة أو تأديبية دون توافر هذا الركن.

سواء كان تمثل بمسلك إيجابي، كما لو كان يشكل ارتداء على رئيس في العمل ظن أو بمسلك سلبي كالامتناع عن تنفيذ أمر رئاسي واجب الطاعة.

ولكي يكون فعل الموظف مسوغاً للمساءلة التأديبية يجب أن يكون محدداً وثابتاً فلا قيام للركن المادي استناداً للظن أو-الشائعات، لذلك فإن تهامات العامة أو النعوت المرسلة لا يمكن تعتبر مكونة لهذا الركن.(٥٨)

٥٥- د.سليمان محمد الطماوي – قضاء التأديب – المصدر السابق – ص ٥٠ .

٥٦- د. ماجد راغب الحلو – القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنة الجديد – ط١- ١٩٨٠- ص ٢٥٧ .

٥٧- د. عبد الفتاح حسن – التأديب في الوظيفة العامة – المصدر السابق – ص ٧٩ .

٥٨- " يتعين لإدانة الموظف أو العامل ومجاوزاته إدارياً يثبت أنه قد وقع منه فعل إيجابي أو سلبي محدد". حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٤ نوفمبر ١٩٦٤ مجموعة السنةالعاشرة – ص٣٩ .

كما أن مجرد التفكير دون ان يتخذها هذا التفكير مظهراً خارجياً ملموساً لا يشكل مخالفة تنجيز المساءلة التأديبية.[٥٩]

كما أن الأعمال التحضيرية التي تتمثل في إعداد وسائل تنفيذ الجريمة، ولا يعاقب عليها إلا إنها قد تعتبر في حد ذاته جريمة تأديبية مستقلة.[٦٠]

٢. الركن المعنوي:

الركن المعنوي هو الإرادة الآثمة للموظف الذي يرتكب الفعل أو الترك الذي يشكل إخلالاً بواجبات الوظيفة ومقتضياتها ، ولا يكفي للمساءلة التأديبية أن يرتكب الموظف ما يعتبر منه مخالفة لواجب وظيفي، وإنما يجب أن يتوافر عنصر نفسي واع يتجه إلى ارتكاب الفعل أو الامتناع وهذا العنصر هو الإرادة الآثمة أو الركن المعنوي.

والركن المعنوي في الجريمة التأديبية يختلف في الجريمة العمدية عنه في جريمة الخطأ ففي الجريمة العمدية لا يكفي أن يحيط الموظف علماً بالفعل الذي يرتكبه وإنما يجب أن يقصر تحقيق النتيجة المترتبة على تصرفه.

أما في الجريمة غير العمدية أو جريمة الخطأ فيتمثل الركن المعنوي في تقصير الموظف وعدم اتخاذه الحيطة والحذر اللازمين لداء واجباته الوظيفية، ويكون بانصراف إرادة الموظف إلى ارتكاب العمل دون الرغبة في النتيجة المترتبة عليه.

ولابد لارتكاب الجريمة سواء كانت جنائية أو تأديبية من توافر الركن المعنوي فإذا تخلفت بأن انعدمت إرادة الموظف لقوة قاهرة أو مرض أو إكراه أو أمر رئاسي مكتوب فلا قيام للجريمة.

غير أن البعض ذهب إلى ضرورة توافر الركن المعنوي في المجال التأديبي في بعض الجرائم التأديبية المقننة، وفي مجال الأخطاء التي حددها المشرع وجرمها بنصوص خاصة.

إلا انه في جرائم أخرى لم يصنعها المشرع على سبيل الحصر، فالإرادة الآثمة لا تعنى أكثر من أن الموظف قد ارتكب الفعل أو الامتناع دون عذر شرعي.[٦١]

إلا أن الرأي الصائب هو ان المساءلة التاديبية تتطلب فين يحاسب غدراكاً ووعياً لما يقترفه لذلك قيل بأن يلزم لقيام الجريمة التأديبية أن يكون الفعل راجعاً إلى إرادة العامل إيجاباً أو سلباً.[٦٢]

٥٩- الفت المحكمة العليا في مصر قراراً بفصل مدرسة احبت شاباً ، زكتبت ذلك في مفكرتها، وقالت المحكمة: "إذا خلت المدرسة إلى نفسها واعملت تفكيرها وظلت تخاطب ذاتيتها وتناجيها في مفكرة خاصة ... ترتبسطت في هذا الحديث ... فاستهدفت أن تنفس عن نفسها أو تحاسبها.. ثم استودعت ذلك في مفكرتها مكمن سرها ، فإنه لا تشريب عليها في خلوتها هذه ما دامت لم تتخذ المظاهر الخارجية ما يمد لها يد القانون " ، أيدت المحكمة العليا هذا الحكم في ٨-٦-١٩٥٨ أشار إليه : د. عبد الوهاب البنداري – المصدر السابق، ص٥٥.

٦٠- د . ماجد راغب الحلو – القانون الإداري الكويتي – المصدر السابق – ص ٢٥٧ .

٦١- د. سليمان محمد الطحاوى – الجريمة التأديبية – المصدر السابق – ص ٧٨ .

٣. الركن الشرعي:

يتعلق الركن الشرعي بخضوع الفعل للجرائم وتعلق صفة عدم المشروعية به، ولابد من القول بأن الأفعال المكونة للذنب التأديبي ليست محددة على سبيل الحصر، وإنما مردها الإخلال بواجبات الوظيفة ومقتضاياتها لا غير، وهذا ما دعا البعض إلى القول بأن الجريمة التأديبية لا تخضع لمبدأ شرعية الجرائم ولا يتوافر فيها الركن الشرعي.(٦٣)

إلا أن للملاحظ أن شرعية الجرائم التأديبية هي غيرها بالقياس لشرعية الجرائم في المجال الجنائي حيث الخضوع لمبدأ " جريمة ولا عقوبة إلا بنص ".

فالمبدأ في الجرائم التأديبية أن الموظف يعاقب إذا ما خالف القواعد والواجبات الوظيفية المنصوص عليها في القوانين والأنظمة والتعليمات. (٦٤)

ولا يعني ذلك عدم خضوعها لمبدأ المشروعية، فالمشروعية في مجال الجرائم التأديبية لا تقتصر على النصوص الاقنونية وإنما تلعب فيها أحكام القضاء الإداري دوراً كبيراً يفوق دور النصوص القانونية.

فالنصوص القانونية التي تحدد الواجبات الوظيفية وتعاقب عند الإخلال بها وأحكام القضاء التي تمارس رقابتها على تطبيق هذه النصو صكفيلة لتقرير مبدأ شرعية الجرائم التأديبية.

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري المصرية: " أن الجزاء التأديبي – كأي قرار إداري- يجب أن يقوم على سبب يبرره ن والسبب في الجزاء التأديبي هو الجريمة التاديبية التي تدفع الرئيس الإداري إلى التدخل بسلطته العامة ليحدث في حقالموظف مركزاً قانونياً معيناً هو العقوبة التي يقوقعها عليه ابتغاء مصلحة عامة هي حسن سير العمل، وقد يكون مشار النزاع من هذه الناحية – ناحية السبب- هو التحقق من صحة قيام الأفعال المنسوبة إلى الموظف، أو التكييف القانوني لهذه الأفعال على فرض حصولها، وهل تكون الجريمة التأديبية طبقاً للقانون، وليس من شك في أن سلطة الإدارة في هذه الناحية أو تلك ليست سلطة تقديرية، بل هي سلطة محددة بحدود القانون مقيدة بقيوده".(٦٥)

٤. ركن الصفة:

٦٢- د. مغاوري محد شاهين – القرار التاديبي – المصدر السابق –ص ٢٥٩ .

٦٣- د. محمد عصفور – طبيعة الخطأ التأديبي – مجلة إدارة قضايا الحكومة – ع١س٦ مارس ١٩٦٢ – ص ٩٠ .

٦٤- د. حسين حموده هداوي – شرح أحكام الوظيفة العامة – المصدر السابق – ص ٢٢٠ .

٦٥- د. حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ١٩-١٠-١٩٥٥ أشار إليه د. علي خليل إبراهيم – المصدر السابق – ص ٣٤ .

ركن الصفة أو الركن الشخصي هو الركن الرابع الذي لا يمكن قيام الجريمة التأديبية بدونه، وهو شرط لازم في الجرائم التأديبية دون سواها في الجرائم جنائية كانت أم مدنية،فلا بد أن يقع الفعل المكون للجريمة من أحد العاملين المرتبطين بجهة الإدارة برابطة وظيفية.(٦٦)

ويثار في هذا المجال سؤال حول الأفعال التي تصدر من الموظف الفعلي أو الظاهر، وهو شخص تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة متخذاً مظهر الموظف القانوني النختص، فهل يجوز مساءلته تأديبياً في مثل هذه الحالة؟.

قبل الإجابة على هذا السؤال لابد من القول أن القاعدة كما بينا سابقاً أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولوا وظيفة علمة بصورة غير قانونية، لأنهم بذلك يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعد باطلة، إلا في حالة الموظف الفعلي استثناءً حفاظاً على دوام سير المرافق العامة في ظروف الحروب واتلثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق بدون أذن من السلطة، أو حفاظاً على الوضع الظاهر أمام الجمهور عندما يشغل الشخص وظيفة معينة بناءً على أمر بالتعيين لم يتخذ الشكل القانوني المطلوب لصدوره أو استمراره يشغل الوظيفة رغم انتهاء صفته كموظف عام، أو في حالة سكوت الإدراة عن تجاوز الموظف اختصاصاته واستقرار العمل على ذلك.

ففي هذه الحالات اعترف القضاء والفقه ببعض الآثار القانونية للوظيفة الفعلية كمنح الموظف الفعلي راتباً مقابل إدائه لعمله إذا كان حسن النية.

أما حول إمكانية مساءلة الموظف الفعلي تأديبياً، فقد ثار خلاف فقهي بهذا الشأن، فذهب جانب من الفقه إلى أن التزامات الموظف الفعلي أقل من التزامات الموظف الرسمي، وأنه لا يخضع للجزاءات التأديبية لأن مسؤوليته عادية لا مسلكة، فإذا صدر خطأ شخصي أو زاول العمل بالقوة والعنف والتهديد، فإن المراجعة بشأن تصرفاته هي من اختصاص المحاكم العادية جنائي أو مدنية.(٦٧)

لذلك لا يمكن حسب هذا الرأي تصور مساءلة الموظف الفعلي تأديبياً، أما الجانب الأخر من الفقه فذهب إلى أن نظرية الموظف الفعلي تضم قطاعين القطاع الأول هم الموظفين الفعليون فى الاوقات الاستثنائيه، اى أوقات الحرب والأزمات والثورات. وفى هذه الحاله يكون من تولى الوظيفه فرداً عادياً لا تجوز مساءلته تأديبياًعن اعماله اثناء شغله للوظيفه.

اما القطاع الثانى فهم الموظفون الفعليون الذين يمارسون اختصاصاً معيناً فى الظروف العاديه، بسبب بطلان التعيين أو انقطاع الصلة بالوظيفه أو حالة الاستمرار غير المشروع فى العمل أو سكون الادارة عن اختصاص الموظف الظاهر. فهؤلاء يخضعون لاحكام التأديب وما يقع منهم من اخطاء فى ممارسة الوظيفه بشكل جريمه تأديبيه.(٦٨)

٦٦- د. محمود حلمي-تأديب العاملين بالجهاز الإداري وبالقطاع العام-المصدر السابق-٢٦٨.

٦٧- د. زهدي يكن – القانون الإداري – منشورات المكتبة المصرية، ج٢، ص ٣٨٦.

٦٨- د.سليمان محمد الطماوى –قضاء التأديب – المصدر السابق – ص ٧٢ – ٧٣ .

ونرى ان هذا الراى هو الاصوب ذلك ان نظام التاديب لا يسري الا على الافراد المرتبطين مع الاداره برابطه وظيفيه والموظف الفعلى لا يكون مرتبطاً بهذه العلاقه فى ظل الظروف الاستثنائيه.

وقد أيد القضاء الإداري هذا الرأي فقالت المحكمة الإدارية العليا " أن مناط مسؤولية الموظف الإخلال بالواجبات العامة، وتتحقق هذه المخالفة ولا اثر لكون الموظف الذي وقع منه الإخلال مستوفياً شروط الوظيفة أم لا، مادام قائماً بعمله فعلاً كأصيل أو منتدب.إذ أن الأمانة مطلوبة منه في عمل يؤديه بقطع النظر عن ظروف إسناد العمل إليه، ولا يبيح الإخلال بهذا، أو يمحو عن الإخلال بالمسئولية المترتبة عليه، عدم إحالته في العمل الذي أنيطت به اختصاصاته، كما أن تطوع الموظف للقيام بعمل موظف أخر لا يعفيه من المسؤولية عن أخطائه ".

المبحث الثاني
العقوبات التأديبية

العقوبات التأديبية او الانضباطية كما اطلق عليها المشرع العراقي تمثل جزاء الإخلال بالواجبات الوظيفية وهذه العقوبات توقع على مرتكبي الجرائم التأديبية وهى محددة على سبيل الحصر ولا يمكن تزاوجها وإيقاع عقوبة أخرى غيرها.

ويعد الجزء التأديبي السلاح الرئيس الذي بواسطته تستطيع السلطة الإدارية حمل الموظفين علة أداء واجباتهم بصورة سليمة ومرضية.[٦٩]

وهذه العقوبات متعددة وقد كثرت تقسيماتها فذهب بعض الفقهاء إلى تقسيمها إلى نوعين، العقوبات التأديبية البحتة، العقوبات التأديبية التي تمس الوظيفة.

بينما ذهب جانب أخر من الفقهاء إلى تقسيمها إلى ثلاث فئات هي: العقوبات المعنوية والعقوبات التي تمس مزايا الوظيفة، العقوبات التي تجب الوظيفة ذاتها.[٧٠]

أولا : أنواع العقوبات التأديبية

حدد المشرع العراقي في المادة (٨) في قانون انضباط موظفي الدوله رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ العقوبات التي يجوز ان توقع على الموظف العام وهي:

١ – لفت النظر: ويكون باشعار الموظف تحريريا بالمخالفه التي ارتكبها وتوجيهه تحسين سلوكه الوظيفي ويترتب على هذه العقوبه تاخيرالترفيع او الزياده مدة ثلاثة اشهر.

د.محمد مختار محمد عثمان ـــ المصدر السابق ـــ ص ١٨٤ ـــ ١٨٥

٦٩– د. شاب توما منصور – المصدر السابق – ص ٣٦٧ .

٧٠– د. علي جمعه امحارب – المصدر السابق ، ص٢٢٧.

٢–الإنذار: ويكون باشعار الموظف تحريريا بالمخالفه التي ارتكبها وتحذيره من الاخلال بواجبات الوظيفته مستقبلا ويترتب على هذه العقوبة تاخير الترفيع او الزياده مدة ستة اشهر.

٣–قطع الراتب: ويكون بخصم القسط اليومي من راتب الموظف لمدة لاتتجاوز عشرة ايام بامر تحريري تذكر فيه المخالفه التي ارتكبها الموظف واستوجبت فرض العقوبه ، ويترتب عليها تاخير الترفيع او الزياده خمسة اشهر في حالة قطع الراتب لمدة لاتتجاوز خمسة ايام، وشهر واحد عن كل يوم من ايام قطع الراتب في حالة تجاوز مدة العقوبه خمسة ايام.

٤– التوبيخ: ويكون باشعار الموظف تحريريا بالمخالفه التي ارتكبها والاسباب التي جعلت سلوكه غير مرض ويطلب اليه وجوب اجتناب المخالفه لتحسين سلوكه الوظيفي ويترتب على هذه العقوبه تاخير الترفيع او الزياده مدة سنه واحدة

٥– انقاص الراتب: ويكون بقطع مبلغ من راتب الموظف بنسبه لاتتجاوز ١٠% من راتبه الشهري لمدة لاتقل عن ستة اشهر و لاتزيد على سنتين ويتم ذلك بامر تحريري يشعر الموظف بالفعل الذي ارتكبه ويترتب على هذه العقوبة تاخير الترفيع او الزياده مدة سنتين.

٦– تنزيل الدرجه: ويكون بامر تحريري يشعر الموظف بالفعل الذي ارتكبه ويترتب على هذه العقوبة:

أ –بالنسبه للموظف الخاضع لقوانين او انظمه او قواعد او تعليمات خدمه تاخذ بنظام الدرجات الماليه والترفيع ، تنزيل راتب الموظف الى الحد الادنى للدرجه التي دون درجته مباشره مع منحه العلاوات التي نالها في الدرجه المنزل منها (بقياس العلاوة المقررة في الدرجه المنزل اليها) ويعاد الراتب الذي كان يتقاضاه قبل تنزيل درجته بعد قضائه ثلاث سنوات من تاريخ فرض العقوبه مع تدوير المدة المقضيه في راتبه الاخير قبل فرض العقوبة.

ب – بالنسبه للموظف الخاضع لقوانين او انظمه او قواعد او تعليمات خدمه تاخذ بنظام الزيادة كل سنتين ، تخفيض زيادتين من راتب الموظف ، ويعاد الى الراتب الذي كان يتقاضاه قبل تنزيل درجته بعد قضائه ثلاثة سنوات من تاريخ فرض العقوبه مع تدوير المدة المقضية في مرتبه الاخير قبل فرض العقوبه.

ج – بالنسبه للموظف الخاضع لقوانين او انظمه او قواعد او تعليمات خدمه تاخذ بنظام الزيادة السنويه ، تخفيض ثلاثة زيادات سنويه من راتب الموظف مع تدوير المدة المقضيه في راتبه الاخير قبل فرض العقوبه

٧ – الفصل:أجاز المشرع في المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولـــه والقطـــاع الاشـــتراكي إيقاع عقوبة الفصل على الموظف العام و يكون بتنحية الموظف عن الوظيفة مـــدة تحـــدد بقـــرار الفصل يتضمن الاسباب التي استوجبت فرض هذه العقوبه عليه على النحو الاتي:

أ – مدة لاتقل عن سنة ولاتزيد على ثلاث سنوات اذا عوقب الموظف باثنين من العقوبات التالية او باحداهما لمرتين وارتكب في المرة الثالثة خلال خمس سنوات من تاريخ فرض العقوبة الاولى فعلا يستوجب معاقبته باحدها.

- التوبيخ
- انقاص الراتب
- تنزيل الدرجه

ب – مدة بقائه في السجن اذا حكم عليه بالحبس او السجن عن جريمة غير مخلة بالشرف وذلك اعتبارا من تاريخ صدور الحكم عليه ، وتعتبر مدة موقوفيته من ضمن مدة الفصل ولاتسترد منه انصاف الرواتب المصروفه له خلال مدة سحب اليد.

٨– العزل: ويكون بتنحية الموظف عن الوظيفة نهائيا ولاتجوز اعادة توظيفه في دوائر الدوله والقطاع الاشتراكي ، وذلك بقرار مسبب من الوزير في احدى الحالات الاتيه:

أ– اذا ثبت ارتكابه فعلا خطيرا يجعل بقاءه في خدمة الدوله مضرا بالمصلحة العامة.

ب– اذا حكم عليه عن جناية ناشئه عن وظيفته وارتكبها بصفته الرسمية.

ج– اذا عوقب بالفصل ثم اعيد توظيفه فارتكب فعلا يستوجب الفصل مرة اخرى.

ثانيا: شرعية العقوبة التأديبية

لا يجوز توقيع أي عقوبة تأديبية لم ينص عليها المشرع، تطبيقاً لمبدأ " شرعية العقوبـــة " مع ترك الحرية للإدارة في اختيار العقوبة المناسبة للمخالفة التأديبية .

وعلى هذا الأساس لا يجوز لسلطة التأديب أن توقع على الموظف عقوبة لم تسرد ضـــمن القائمة المحدودة قانوناً وليس لها إيقاع عقوبة مقنعة من خلال القرار بانتداب الموظف أو نقله ولا تبتغي الإدارة من وراء ذلك إلا معاقبته بغير الطريق التأديبي.

فمن المقرر في الفقه والقضاء الإداريين أن القانون التأديبي شأنه شأن القـــانون الجنـــائي إنما هو يقوم على مبدأ – لا عقوبة إلا بنص – ولهذا فأنه لا يجوز لأي سبب من الأسباب أن يعاقب من ثبت ارتكابه لجريمة تأديبية بعقوبة لم ينص عليها القانون.

ويتفرع من مبدأ شرعية العقوبة التأديبية أيضا عدم جواز أن توقع الإدارة على الموظـــف أكثر من عقوبة تأديبية على الفعل الواحد .

المبحث الثالث

السلطات التأديبية

تختلف الدول بشأن تحديد الجهة المختصة بتأديب موظفيها، فمن الدول من اتجهت إلى منح هذا الاختصاص إلى السلطات الرئاسية، بينما ذهب جانب آخر منها إلى إنشاء مجالس تأديب خاصة تتولى مهمة إيقاع الجزاء التأديبي المناسب على الموظف المقصر.

وقد أخذ المشرع العراقي بأسلوب السلطات الرئاسية فقد وزع قانون انضباط موظفي الدوله والقطاع الاشتراكي سلطة إيقاع العقوبة التأديبية بين رئاسة الجمهوريه ومجلس الوزراء والوزير ورئيس الدائره.

اولا :السلطات التأديبيه الرئاسية

نضم قانون انضباط موظفي سلطة الرؤساء الإداريين في ايقاع العقوبات التأديبية في حالة مخالفة الموظفين لواجباته الوظيفية ، ويكون اختصاص هؤلاء الرؤساء كاملاً من حيث توجيه الاتهام وتكييف الخطأ وإصدار العقوبة المناسبة.

وقد حدد المشرع في المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الجهات المختصه بفرض العقوبات الانضباطيه او التاديبيه وفق التفصيل الاتي.

١- الرئاسه ومجلس الوزراء :

نص المشرع في المادة (١٤) من من قانون انضباط موظفي الدوله والقطاع الاشتراكي على ان للرئاسه او مجلس الوزراء فرض اي من العقوبات المنصوص عليها في القانون على الموظفين وتكون العقوبه المفروضه من اي منهما باتة.

٢-الوزير:

يملك الوزير بالإسناد إلى المادة المذكوره أن يوقع على الموظف جميع العقوبات المنصوص عليها في الماده (٨) كما اجازت المادة (١٢) للوزير فرض عقوبة لفت النظر او الانذار او قطع الراتب على الموظف الذي يشغل وظيفة مديرعام فما فوق ويكون قراره باتا.اما اذا تبين له ان المدير عام فما فوق قد ارتكب فعلا يستوجب عقوبه اشد فعليه ان يعرض الامر على مجلس الوزراء متضمنا الاقتراح بفرض احدى العقوبات المنصوص عليها في القانون ويكون قرار مجلس الوزراء بهذا الشأن باتا.

٣- رئيس الدائرة او الموظف المخول له فرض العقوبة:

وله فرض العقوبات التاليه على الموظف المخالف لوجبات الوظيفة العامة:

أ- لفت النظر

ب- الانذار

ج -قطع الراتب لمدة لاتتجاوز خمسة ايام

د-التوبيخ

اما اذا اوصت اللجنه التحقيقيه بفرض عقوبة اشد فعلى رئيس الدائرة او الموظف المخول احالتها الى الوزير لاتخاذ القرار بشأنها.

ثانيا : الاجراءات التأديبية

نص المشرع العراقي في المادة (١٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي على الاجراءات الواجب اتباعها في ايقاع العقوبات الانضباطية على الموظف المخالف.فتطلبت تشكيل لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على ان يكون احدهم حاصلا على شهادة جامعية اولية في القانون. تتولى هذة اللجنة التحقيق تحريريا مع الموظف. وتوصي الى السلطة الرئاسيه بالعقوبه المقترحه اذا كان فعل الموظف يكون مخالفة لواجبات الموظف او توصي بغلق التحقيق اذا لم يشكل فعله اي مخالفة ، اما اذا تبين لها ان فعل الموظف يشكل جريمة نشأت من وظيفته او ارتكبها بصفته الرسمية فيجب عليها ان توصي باحالته الى المحاكم المختصة.

من جانب آخرللوزير ولرئيس الدائرة اسنادا الى نص المادة (١٠ - رابعا) من القانون فرض اي من عقوبات لفت النظر والانذار وقطع الراتب مباشرة بعد استجواب الموظف ولا شك أن في ذلك اخلال بالضمانات الواجب توافرها للموظف خاصة وان هذه العقوبات باتة لاتقبل الطعن امام مجلس الانضباط العام.

ثالثا : الطعن بقرار فرض العقوبه:

تطرق قانون انضباط موظفي الدوله والقطاع الاشتراكي الى الطعن في القرارات الصادرة بايقاع العقوبة الانضباطية في المادة (١١) منه ، وقد جعل القرارات المتضمنة عقوبة لفت النظر والانذار وقطع الراتب باتة لايجوز الطعن بها امام مجلس الانضباط العام.

كما نص على اعتبارجميع العقوبات الصادره من رئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء باتة لا جواز الطعن فيها.

ومن ثم فقد حصر المشرع الطعن بالعقوبات الانضباطيه في نطاق ضيق من العقوبات بل انه قد منع البعض من ضمانة الطعن نهائيا كما هو الحال بالنسبه الى الموظف بدرجة مدير عام فما فوق. مما يؤثر في الضمانات الواجب مراعاتها في النظام التاديبي ويستدعي اعادة النظر من المشرع ليسمح بفتح باب الطعن امام الموظف في كافة العقوبات التي قد تفرض عليه.

هذا ويملك مجلس الانضباط العام عند النظر في الطعن بقرار العقوبه ان يصادق عليها او يخففها او يلغيها.

الفصل الخامس

انتهاء خدمة الموظف العام

حدد المشرع العراقي عدة حالات لانتهاء خدمة الموظف العام نعرض إليها تباعا.

أولاً : بلوغ سن التقاعد

السبب الرئيسي لانتهاء خدمة الموظف العام بحكم القانون هو بلوغه السن التقاعد، وقد حدد المشرع السن القانونية لترك الخدمة ببلوغ الموظف ثلاث وستون سنة ميلادية كاملة، ومع ذلك يجوز إذا دعت ظروف استثنائية يقتضيها صالح العمل مد خدمة الموظف لمدة معينه

ومع ذلك فانه يجوز وفقا للماده الخامسة من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٥ ان يحال الموظف على التقاعد اذا كان قد اكمل (٢٥) سنه من الخدمة او اكمل (٥٠) سنة من عمره وعلى الوزير او رئيس الدائرة المختص ان يبت في الطلب اما اذا كانت هناك ضرورة قصوى لابقاءة في الوظيفة فعلى الادارة ان توفر البديل خلال مدة سنة يعد بعدهل الموظف محالا على التقاعد.

ثانياً : عدم اللياقة الصحية

إذا مرض الموظف واستطال مرضه ولم يرجى شفائه او عجز عن تادية واجباته الوظيفية لاصابتة بعاهه جسدية او عقليه استنادا إلى تقرير من اللجنة الطبية رسمية فانه يحل على التقاعد بصرف النظر عن مدة خدمتة.

ثالثا: الاستقالة

الاستقالة هي أن يتقدم الموظف بطلب مكتوب للجهة الإدارية المختصة يطلب فيها ترك الخدمة ، ولا تنتهي خدمة الموظف إلا بعد صدور قرار من الإدارة بقبول طلبه.

وقد نظم قانون الخدمة المدنية في المادة(٣٥) الأحكام الخاصة بالاستقالة ، واشترط لقبولها ما يلي:-

١. أن يقدم الموظف استقالته من الوظيفة بطلب تحريري.
٢. تلتزم السلطة المختصة بالتعيين بالبت فيها خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديمها ويعتبر الموظف منفكا بانتهائها الا اذا صدر امر القبول قبل ذلك.
٣. لا تنتهي خدمة الموظف إلا بقبول استقالته صراحة اوضمنا وعليه الاستمرار بتاديه وظيفتة حتى هذا التاريخ.

رابعاً : العزل التأديبي

العزل بقرار تأديبي هو أقصى الجزاءات التأديبية التي يمكن توقيعها على الموظف ويكون بتنحية الموظف عن الوظيفة نهائيا ولاتجوز اعادة توظيفه في دوائر الدوله والقطاع الاشتراكي ، وذلك بقرار مسبب من الوزير في احدى الحالات الاتيه:

أ- اذا ثبت ارتكابه فعلا خطيرا يجعل بقاءه في خدمة الدوله مضرا بالمصلحة العامة.

ب- اذا حكم عليه عن جناية ناشئه عن وظيفته وارتكبها بصفته الرسمية.

ج- اذا عوقب بالفصل ثم اعيد توظيفه فارتكب فعلا يستوجب الفصل مرة اخرى. وتنتهي خدمة الموظف بعزله تأديبيا اعتبارا من تاريخ صدور القرار.

خامسا : الاستغناء عن الخدمات في مدة التجربة

إذا تبين كفاية الموظف عند اول تعيينه في الوظيفة تحت التجربة بعد مرورمدة سنة واحده على عملة يجوز توصي بتثبيتة اما اذا تبين عدم كفائته اوصلاحيتة للعمل الذي تم تعيينة فيه لدائرته ان تصدر امرا بالاستغناء عن خدماتة، ولها أن تمهله ستة اشهر أخرى في وظيفته للتاكد من صلاحيتة.

وللموظف الذي تم الاستغناء عن خدماتة ان يعترض على قرار الاستغناء امام مجلس الانضباط العام خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبلغة بامر الاستغناء ويكون قرار المجلس خاضعا للطعن فيه امام الهيئه العامة لمحكمة التمييز خلال ثلاثين يوما من تاريخ التبلغ به. اما اذا إنقضت المدة المحددة ولم تتخذ الادارة قرارا بالاستغناء عن خدمات الموظف فانه يعد مثبتا في وظيفته بحكم القانون.

سادسا : الوفاة

طبيعيا تنتهي خدمة الموظف بوفاته وفي هذه الحالة تستحق أسرة الموظف حقوقه التقاعدية بصرف النظر عن مدة خدمته.

المحاضرة السابعة
الأمـــوال العامـــة

لا يمكن للإدارة أن تباشر نشاطها وتحقق أهدافها ما لم تتوافر لها الأموال اللازمة لهذا النشاط سواء كانت هذه الأموال عقارية أو منقولات.

وتتميز هذه الأموال بأحكام خاصة ، وهى أما أن تكون أموالا عامة مخصصة للنفـــع العـــام وتتمتع بحماية قانونية خاصة، وأما أن تكون أموالا خاصة تخضع لـــذات النظـــام القـــانوني الـــذي تخضع له أموال الأفراد.[1]

وفى هذا الجزء في الدراسة نبحث في الأموال العامة في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: التعريف بالمال العام

الفصل الثاني: نزع الملكية للمنفعة العامه

الفصل الثالث: استعمال المال العام وحمايته القانونية.

الفصل الأول
التعريف بالمال العام

للتعرف على الأموال العامة يلزم أولا دراسة ظهور فكرة المال العام ثم التطرق لبيان تمييز الأموال العامة عن الأموال الخاصة وذلك في مبحثين.

1- ينظر في شأن الأموال العامة: الدكتور سليمان محمد الطماوى – الوجيز في القانون الإداري– المرجع السابق – ص٥٨٠؛ الدكتور: مصطفى أبو زيد فهمي – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق– ص٥٤٢؛ الدكتور: عبد الغنى بسيونى – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٥٨١؛ الدكتور: محمد انسى قاسم جعفر – الوسيط في القانون العام – المصدر السابق – ص ٤٢٩؛ الدكتور: محمد سعيد حسين أمين – مبادئ القانون الإداري – المصدر السابق ص ٦٦٣

المبحث الأول
ظهور فكرة الأموال العامة

ظهرت فكرة الأموال العامة أول مرة في ظل الدولة الرومانية.حيث تم تقسيم الأشياء إلى أشياء داخلة في التعامل وخارجة عن دائرة التعامل، ومنها ما هو مخصص للمنفعة العامة لكل الأفراد، ومنها ما هو مخصص للجماعات العامة.[٢]

ثم انتقلت هذه الفكرة إلى فرنسا حيث صدر القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٤٠ الذي أطلق مصطلح الدومين العام لأول مره على أموال الدولة دون أن يميز بين الأموال العامة والأموال الخاصة – واستمر الوضع على ذلك حتى بدأ الفقه بالمناداة بالتفريق بين المال العام والمال الخاص، وكان أول من نادى بهذه التفرقة الفقيه الفرنسي***proudhon*** برودون.[٣]

وقد طبق القضاء الفرنسي هذا التمييز في العديد من أحكامه، ثم صدرت بعض التشريعات التي تميز بين المال العام والمال الخاص، ومن أول هذه التشريعات التشريع الصادر في ٢٦ يونيو ١٨٥١ بخصوص الملكية العقارية في الجزائر.

وقد ظهرت فكرة المال العام في مصر بعد صدور القانون المدني المختلط في ٢٨ يونيو ١٨٧٥ في حين تولى المشرع العراقي تحديد المقصود بالأموال العامة بنص المادة ٧١ من القانون المدني فقد ورد في ألفقره الأولى منها(تعد أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للاشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون.)

وتظهر أهمية التمييز بين هذين النوعين من الأموال في أن الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم – فالأموال العامة تخضع لنظام قانوني متميز عن النظام القانوني الذي تخضع له الأموال الخاصة للإدارة وهو نظام القانون العام.

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧١ سالفة الذكر (وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.)

المبحث الثاني
المعيار المميز للأموال العامة

أوضحنا أن الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى تملك نوعين مختلفين من الأموال وهما: الأموال العامة وتسمى بالدومين العام – والأموال الخاصة وتسمى بالدومين الخاص، ويخضع كل نوع منها لنظام قانوني مختلف. لذلك كان لابد من البحث عن معيار يميز الأموال العامة عن الأموال الخاصة.

2- د. ممدوح مصطفى – القانون الروماني – دار المعارف – ١٩٥٩ – ص٢٦٩

3- د.سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق – ٥٨١

وكان للفقه الفرنسي الدور الأبرز في هذا المجال. حيث ظهرت فيه اتجاهات عدة الأول يأخذ بطبيعة المال أما الثاني فيبحث في تخصيصه للمرفق العام وأخيرا الاتجاه الذي يأخذ بتخصيص المال للمنفعة العامة.

أولاً: معيار طبيعة المال.

يقوم هذا المعيار على أساس أن الأموال العامة تلك التي لا تصلح بطبيعتها لتكون مملوكة ملكية خاصة وتكون مخصصة للاستعمال المباشر للجمهور ومثال ذلك الطرق العامة والميادين والحدائق العامة.

وهذا المعيار محل نقد من حيث انه يضيق من مفهوم المال العام فيشترط أن يكون المال العام عقاراً وليس منقولاً كما انه يحصر مفهوم المال العام في ذلك المال الذي يستعمله الجمهور بشكل مباشر و لا يخفى أن الكثير من المباني الحكومية لا يستعملها الجمهور بشكل مباشر ولا خلاف في إنها أموالا عامة.

ومن جانب آخر قصر أنصار هذا المعيار مفهوم المال العام على المال غير القابل للتملك من قبل الأفراد، وهذا منتقد من حيث أن قابلية المال العام للتملك لا ترجع لطبيعته الخاصة، وإنما هي نتيجة لإضفاء صفة المال العام عليه، كما أن الكثير من الأموال المعتبرة أموالا عامة تقبل الملكية الفردية كالطرق و القنوات المائية التي ينشأها الأفراد في أملاكهم الخاصة.(٤)

ثانياً: معيار تخصيص المال للمرفق العام.

يتجه أنصار هذا المعيار وهم من مدرسة المرفق العام إلى أن المال العام هو المال المخصص لخدمة مرفق عام. وهذا الاتجاه منتقد من حيث انه ضيق من ناحية وواسع من ناحية أخرى، فهو ضيق لأنه يخرج من دائرة الأموال العامة تلك الأموال المخصصة للاستعمال المباشر للجمهور كالطرق والميادين والحدائق العامة لا لشيء إلا لأنها غير موضوعة لخدمة مرفق عام.

في حين يكون هذا المعيار واسعاً من حيث انه يعترف بصفة الأموال العام لجميع الأموال المخصصة لخدمة المرافق العامة على اختلاف أنواعها إدارية أم اقتصادية وسواء أكان المال مهماً أم تافه القيمة.

ولتفادي هذه الانتقادات سعى أنصار هذا المعيار إلى تحديده من خلال اشتراط آمرين حتى يكون المال عاماً.

الأول أن يكون المرفق مرفقاً عاماً جوهرياً. والثاني أن يكون المال المخصص لهذا المرفق قد اعد إعدادا خاصاً لخدمة هذا المرفق وله الدور الرئيسي في سير المرفق وأدارته.

4- ينظر في تفصيل ذلك: د- عبد الغني بسيوني -القانون الإداري- المصدر السابق - ص٥٨٤؛ د.محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور حسين عثمان-مبادئ القانون الإداري المصدر السابق ص٤٤٤؛ د. محمد مختار عثمان - المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجماهيرية - المصدر السابق ص٣٥٦.

وبناءً على ذلك تم استبعاد المنقولات المستخدمة في المرافق العامة من نطاق الأموال العامة. وكذلك المباني الحكومية والمدارس والثكنات العسكرية لأنها غير معدة أعدادا خاصاً لخدمة المرفق.

ولاشك أن هذه المحاولة لبيان المقصود بالأموال العامة فشلت أيضا لأنها لا تستند إلى معيار منضبط يحدد متى يمكن اعتباره مرفقاً عاماً جوهرياً، ومتى نكون أمام مال مخصص لخدمة مرفق عام وله دور رئيس في إدارته.(٥)

لذلك سرعان ما هجر هذا المعيار واتجه الفقه نحو معيار التخصيص للمنفعة العامة.

ثالثا: معيار تخصيص المال للمنفعة العامة.

نتيجة للانتقادات الموجهة للمعيارين السابقين- اتجه الفقه نحو الأخذ بمعيار أخر هو معيار تخصيص المال للمنفعة العامة. ومقتضاه أن المال يكون عاماً طالما تم تخصيصه لتحقيق النفع العام.

وقد اختلف الفقه في الطريق الذي يتم فيه تخصيص المال للنفع العام، فقد ذهب العميد " ***Hauriou*** إلى ضرورة أن يكون تخصيص المال للمنفعة العامة بقرار من الإدارة – في حين أضاف ***Waline*** إلى ذلك أن المال العام يجب أن يكون ضرورياً ولازماً لتسيير المرفق العام وتحقيقه المصلحة العامة ولا يمكن الاستغناء عنه أو الاستعاضة عنه بسهولة.(٦)

وأيا كانت طريقة التخصيص فقد استقر رأى الفقه والقضاء على أن المال العام هو ذلك المال المملوك لإحدى الجهات الإدارية والمخصص للمنفعة العامة.

رابعاً: معيار المال العام في القانون العراقي

بينت المادة ٧١ من القانون المدني العراقي (١ –تعد أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للاشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون.٢– وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.)

وبمقتضى ذلك يجب لاعتبار المال عاماً توافر شرطين.

الأول: أن يكون المال مملوكاً للدولة أو لإحدى الأشخاص المعنويه العامة.

الثاني: أن يتم تخصيص المال للمنفعة العامة، ويتم التخصيص للمنفعة العامة بحسب النص المشار إليه بأحد الأساليب التالية:

5- ينظر في شأن الانتقادات الموجهة لهذا المعيار.

د.مصطفى أبو زيد فهمي – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق ص ٥٨٠.

د. عبد الغني بسيوني – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٥٨٧ .

د. محمود عاطف البنا – مبادئ القانون الإداري في الأموال العامة والوظيفة العامة – دار الفكر – ص ١٤.

6 – *Waline- Droit administratife –op – cit p- 432*

-Duguit – Traite de , droit constitutionnel, 1930 , p-350.

بالفعل: ويتم ذلك بان يكون المال متاحاً للانتفاع بـــه مباشـــرة للجمهـــور دون أن تتـــدخل السـلطات في ذلك بقانـــون أو قرار، كأن يقوم الأفـــراد بالانتفاع بالطرق

العامة والشواطئ والحدائق، وفق ما يمكن تسميتها بالأموال العامة بطبيعتها

١ – التخصيص بقانون: ويظهر هذا التخصيص في إصدار الدولة قانونا يتضمن تخصيص المال للنفع العام، كما هو الحال في الانتفاع عن طريق المرافق العامة المختلفة. كمرفق النقل والاتصالات وغيرها.

ومن ثم لا يمكن اعتبار الأموال المملوكة للأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة أموالا عامة ولو كانت مخصصة للمنفعة العامة، وكذلك الحال بالنسبة للأموال المملوكة لملتزم المرافق العامة فرداً أو شركة خاصة.(٧)

وأخيرا فان الأموال العامة تزول بذات الطريقة التي نشأت بها أي بالفعل أو بنص القانون أو الانظمه.

الفصل الثاني
نزع الملكية للمنفعة العامة

تحصل الدولة على أموالها بطرق عدة منها ما هو متماثل مع أساليب القانون الخاص فتنزل منزلة الأفراد فتتفق معهم على التنازل عن ملكهم بالتراضي بالبيع أو الهبات أو الوصية كما قد تلجئ إلى أسلوب لاستملاك او نزع الملكية للمنفعة العامه.

ونزع الملكية للمنفعة العامة إجراء إداري يقصد به حرمان مالك عقار معين من ملكه جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة لقاء تعويض عادل.

وقد نصت جميع الدساتير على حماية الملكية الخاصة ومن ثم فان نزع الملكية للمنفعة العامة يأتي استثناء على قاعدة احترام الملكية الفردية – ويجد هذا الاستثناء مبرره في ضرورة تحقيق المصلحة العامة التي لا يمكن تحقيقها إلا من خلال الأفراد عن أملاكهم الخاصة، ولو ترك الأمر لهم فانهم يفضلون غالباً تغليب مصالحهم الخاصة على المصلحة العامة ويرفضون التنازل عن أملاكهم طوعاً.

لذلك نجد أن الدساتير والقوانين في مختلف الدول قد اعترفت بحق الإدارة بنزع الملكية الخاصة لتحقيق المنفعة العامة.

وفي هذا المجال ورد في المادة ٢٣ – ثانيا من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ (لا يجوز نزع الملكيه الا لاغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك القانون.)

الشروط العامة لنزع الملكية :

- هناك عدة شروط يجب توافرها حتى نكون أمام أجراء نزع الملكية للمنفعة العامة أهمها:

أ- نزع الملكية العامة لا يوجه إلا إلى العقارات

7- د. محمد عبد الله الحراري – أصول القانون الإداري ج.ح – المصدر السابق ص ١١١

إجراء نزع الملكية يقتصر على العقارات المملوكة للأفراد وعلى هذا الأساس لا يشمل هذا الإجراء المنقولات عموماً مهما بلغت قيمتها، وكذلك ينصرف نزع الملكية إلى حق الملكية ذاته فلا يشمل الحقوق العينية الأخرى الأصلية أو التبعية فلا يرد على حق الانتفاع أو الارتفاق.

وفي جانب آخر يجب أن تكون العقارات التي يوجه إليها قرار نزع الملكية عقارات مملوكة للأفراد، أما العقارات المملوكة للأشخاص المعنوية العامة فهي من الأموال العامة التي تستطيع الإدارة تغيير وجه تخصيصها دون اللجوء إلى إجراء نزع الملكية.

ب- نزع الملكية يستهدف دائماً تحقيق المنفعة العامة

بينا أن الدساتير تقرر نزع الملكية الخاصة للأفراد حصراً لتحقيق المنفعة العام، وهو ما تضمنته اغلب التشريعات الخاصة بنزع الملكية. إلا أن هذه التشريعات منحت الإدارة سلطة واسعة في تقرير توافر المنفعة العامة من عدمه وخطورة هذا الوضع واحتمال تعسف الإدارة في هذا المجال يجعل من الضروري بسط القضاء رقابته على مدى احترام الإدارة لشرط إجراء نزع الملكية لمقتضيات المنفعة العامة، فإذا انحرفت عن هذا الغرض لتحقيق مآرب أخرى فان قرارها يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة ويكون جديراً بالإلغاء.

ج -أداة نزع الملكية هو القرار الإداري.

الأصل أن الإجراء الصادر بنزع الملكية هو القرار الإداري الصادر من السلطة المختصة عموماً بإجراءات نزع الملكية، ويعد هذا القرار بمثابة عمل إداري مركب تمارسه الإدارة بما تملك من امتيازات السلطة العامة.

إلا انه يجوز أن يصدر تشريعاً خاصاً يقرر نزع الملكية للمنفعة العامة كما هو الشأن عند إجراء عمليات التأميم.

د-يكون نزع الملكية لصالح شخص من اشخاص القانون العام.

الأصل أن يكون نزع الملكية لصالح شخص من أشخاص القانون العام إلا انه يجوز استثناء أن يتم نزع الملكية لصلح أحد الملتزمين بإدارة مرفق عام لتحقيق منفعة.

الفصل الثالث
استعمال المال العام وحمايته القانونية

نبين في هذا الجزء من الدراسة صور استعمال المال العام والحماية القانونية التي يوفرها له المشرع وذلك في مبحثين متتاليين.

المبحث الأول
استعمال المال العام

إذا كان المال العام مخصص أصلا للمنفعة العامة فان هذا لا يعني أن الأفراد يستطيعون استعماله دون تنظيم، فمثلما يكون الانتفاع بطريق مباشر كالانتفاع بالطرق والحدائق العامة قد يتم

الانتفاع به من خلال أحد المرافق العامة وهنا يجب أن يخضع الانتفاع للقواعد المنظمة لعمل المرفق ذاته.

كما أن الانتفاع المباشر بالمال العام يختلف هو الآخر باختلاف الاستعمال فقد يكون الاستعمال عاماً أو مشتركا وقد يكون الاستعمال خاصاً.

أولا: الاستعمال العام للمال العام.

يكون استعمال المال العام عاماً إذا انتفع الأفراد به بصورة مباشرة واستعملوه استعمالاً متشابهاً بالشكل الذي يتفق وطبيعة المنفعة التي اعد لها، كالمرور في الطرقات العامة والانتفاع بالحدائق والمنتزهات العامة واستعمال دور العبادة.

واستعمال المال العام بهذه الصورة يعد مظهراً من مظاهر الحريات العامة التي تنص الدساتير على احترامها غير أن ذلك لا يعني بأي حال منع الإدارة من وضع ضوابط لاستعمال المال العام دون مخالفة تلك الدساتير.

وفي هذا المجال يخضع الأفراد في انتفاعهم بالأموال العامة للقواعد التالية:

١. قاعدة حرية استعمال المال العام

الأصل أن يكون استعمال المال العام حراً للجمهور في أي وقت يشاءون، مادام أن هذا الاستعمال لا يخل بالغرض الذي خصص له المال العام.

فلكل فرد حرية السير في الطرق العامة والتنزه في الحدائق العامة ودخول دور العبادة وغير ذلك من الأماكن العامة.

غير أن ذلك يخضع في أحيان كثيرة لضوابط وتنظيم الإدارة كتنظيم دخول وخروج المنتفعين وتحديد مواعيد خاصة لفتح الحدائق العامة، أو منع الشاحنات من استعمال طرق معينه وما إلى ذلك مما يدخل ضمن سلطات الضبط الإداري التي تتولى حماية النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة، وفي كل الأحوال يجب أن لا يصل هذا التنظيم إلى مصادرة تلك الحريات.

٢. قاعدة مجانية الاستعمال

الأصل في استعمال المال العام أن يكون مجانياً. إلا أن من الجائز أن يفرض القانون رسوم مقابل الانتفاع بالمال العام إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة كرسوم انتظار السيارات في أماكن معينة أو رسوم دخول الحدائق العامة أو الطرق السريعة.

٣. قاعدة المساواة بين المنتفعين

القاعدة العامة في استعمال المال العام أن يتساوى المنتفعين في استعماله، ويجب على الإدارة أن تسعى لتحقيق هذه المساواة فلا تمييز بين شخص وأخر في الانتفاع بالمال بسبب اصل أو لون أو جنس أو دين أو لغة.

إلا أن هذه المساواة تكون بين المنتفعين الذين تتوافر فيهم الشروط نفسها، إذا تستطيع الإدارة أن تقصر الانتفاع بالمال العام على فئات معينه من الناس يتشابهون في مراكزهم القانونية، كأن تخصص فترة معينة أو أيام معينة لانتفاع الأطفال ببعض الحدائق العامة أو تخصص مقاعد معينة في وسائل النقل لاستعمال المعاقين.

ثانيا: الاستعمال الخاص للمال العام.

يكون استعمال المال العام خاصاً عندما ترخص الإدارة أو تأذن لفرد معين أو أفراد معينين بذواتهم دون غيرهم بالانتفاع بجزء من المال العام.

وقد يكون استعمال المال في هذه الصورة استعمالاً متفقاً والغرض المخصص له المال العام أصلا ويسمى الاستعمال الخاص العادي، وقد يكون استعمال المال العام غير متفق مع الغرض الذي اعد له المال أصلا، ويسمى الاستعمال في هذه الحالة الاستعمال الخاص غير العادي.

ومثال الحالة الأولى الترخيص لبعض الأفراد باستعمال مقابر مخصصة لهم لدفن موتاهم أو لتاجر باستعمال مكان مخصص بالسوق لعرض بضاعته لقاء مبلغ معين يدفع للإدارة وهذا يتم بطبيعة الحال بترخيص الإدارة التي تشرف على المال العام، ولا تملك الإدارة في هذه الحالة سلطة تقديريه في منح الترخيص أو منعه لان الأمر رهن بتوافر شروط منح التراخيص، ولا يتم إلغاء الترخيص إلا إذا أخل صاحبه بالتزاماته أو اقتضت ذلك المصلحة العامة على اعتبار أن المال العام يستعمل لتحقيق ذات الغرض الذي خصص من اجله.

أما حالة الاستعمال الخاص غير العادي فتظهر كما لو سمحت الإدارة لباعة الصحف بشغل جزء من الطريق العام بوضع أكشاك لهم ، أو لأصحاب المقاهي بوضع المقاعد على رصيف الشارع. فهذا الاستعمال يتنافى مع الغرض الذي خصص له المال العام. وتتمتع الإدارة بالنسبة لهذه الحالة بسلطة تقديريه واسعة فيكون لها إلغاء الترخيص في أي وقت لمقتضيات المصلحة العامة، على اعتبار أن المال العام لم يخصص أصلا لهذا النوع من الاستعمال.

المبحث الثاني
الحماية القانونية للأموال العامة

تتمتع الأموال العامة بحماية قانونية مزدوجة، مدنية وجنائية نظراً للوضع الذي تجسده من حيث تخصيصها للمنفعة العامة ايا كانت طريقة استعمالها سواء أكان ذلك من قبل الجمهور مباشرة أو كان بتخصيصها لخدمة مرفق عام،وقد نص الدستور العراقي لعام٢٠٠٥ في المادة ٢٧ منه على تقرير هذه الحماية للاموال العامة فجاء فيها (اولاً: للاموال العامة حُرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن.

ثانيا: تنظم بقانون الاحكام الخاصة بحفظ املاك الدولة وادارتها وشروط التصرف فيها والحدود التي لايجوز فيها التنازل عن شيء من هذه الاموال.).

أولاً: الحماية المدنية للأموال العامة.

طبقاً للمادة ٧١ من القانون المدني العراقي لا يجوز التصرف في الأموال العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. سواء أكانت أموالا عقارية أو منقولات وسواء أكانت تملكها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى.

١. عدم جواز التصرف في المال العام.

ومقتضى هذه القاعدة انه لا يجوز إجراء التصرفات المدنية على الأموال العامة بما يؤدى إلى إنهاء تخصيصها لتحقيق المنفعة العامة كالبيع أو الوصية أو الهبة.

فأن أقدمت الإدارة على ذلك فانه يمكن استرداد المال العام في أي وقت لعدم جواز التصرف فيه ودون إمكانية الاحتجاج المشترى بعقد البيع.[8]

وعلى ذلك ينبغي على الإدارة إذا هي رغبت التصرف في أموالها العامة أن تعمد أولا إلى إنهاء صفتها بإنهاء تخصيصها للمنفعة العامة، ويتم ذلك بمقتضى قانون أو مرسوم أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من اجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة، ففي هذه الحالة تتحول الأموال العامة إلى أموال خاصة للإدارة فيجوز التصرف فيها.

غير أن قاعدة المنع من التصرف لا تنطبق على التصرفات التي تقع على الأموال العامة في دائرة القانون العام، إذا يجوز للدولة أن تتصرف في أموالها العامة فتنقلها لأشخاص اعتبارية وعامة أخرى كالمحافظات أو المؤسسات العامة لان هذا الانتقال لا يؤثر في الصفة العامة للمال.

كما أن هذه القاعدة لا تمنع من إمكانية اتفاق الإدارة مع أحد الأفراد على استعمال المال العام مؤقتاً استعمالاً خاصاً بترخيص أو عقد كما هو الحال في عقد التزام المرافق العامة وفي هذه الحالة تستمر حماية المال العام على اعتبار أن التصرف فيه ذو طبيعة مؤقتة، ويملك الإدارة دائماً الحق في سحب الترخيص أو فسخ العقد لمقتضيات المصلحة العامة.

-وأخيراً فانه يترتب على مخالفة الإدارة هذه القاعدة وتصرفها في المال العام بطلان هذا التصرف بطلاناً مطلقاً لتعلق ذلك بالنظام العام ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به.

8- د. سليمان الطماوى – الوجيز في القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٥١٦.

٢.عدم جواز الحجز على المال العام

امتداداً لقاعدة عدم جواز التصرف بالمال العام، لا يجوز بيع المال العام جبراً نتيجة للحجز عليه لاقتضاء الوفاء بالدين المحجوز على المال ضماناً له، لتعارض ذلك مع فكرة تخصيص المال العام للمنفعة العامة.

كما أن ملاءة الدولة أمر مفترض ومن ثم لا محل للحجز على أموالها لضمان إيفائها لديونها، ويتفرع من ذلك عدم جواز ترتيب أية حقوق عينيه تبعية على المال العام كالرهن، أو حق امتياز، لما يترتب على ذلك من تعطيل لسير المرافق العامة وحسن أدائها للخدمات وإشباع الحاجات العامة.

والأصل أن لا تسرى هذه القاعدة على الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة.

٣. عدم جواز تملك المال العام بالتقادم.

في نفس السياق لا يجوز تملك المال العام بالتقادم عن طريق وضع اليد كما يحدث في المال الخاص. ضماناً لاستمرار تخصيص المال العام للمنفعة العامة وهو ما أكدته المادة ٧١ من القانون المدني، ولنفس العلة يمتد المنع ليشمل الصور الأخرى في اكتساب الملكية فلا يمكن الاحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المعروفة في القانون المدني لاكتساب ملكية منقولات الإدارة وكذلك لا تسرى قاعدة الالتصاق لاكتساب ملكية المال العام فلا يمكن الاحتجاج بان مال الإدارة اقل قيمة من المال الذي التصق به ليأخذ حكمه. لان القاعدة في هذا المجال أن المال الخاص يتبع المال العام عند حدوث الالتصاق لان المال العام لا يمكن تملكه بالتقادم.[٩]

وكما هو الشان في القاعدتين السابقتين يسرى المنع في هذه القاعدة على الأموال العامة والأموال الخاصة للإدارة لوضوح نص المشرع في هذا الخصوص.

ثانياً: الحماية الجنائية للأموال العامة.

لا تقتصر حماية المال العام على الحماية المدنية فقد اهتم المشرع الجنائي بتوفير الحماية الجنائية للمال العام لمنع التعدي عليها أو الأضرار بها ضماناً لاستمرار تخصيصها للنفع العام وحسن أداء المرافق العامة لخدماته.

إلا أن هذه الحماية في التشريع العراقي جائت في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

ومن ذلك نص في المواد ٣٥٢-٣٥٥ على جرائم الاعتداء على الطرق العامه والمواصلات والاعمال. فقد عاقبت الماده ٣٥٥ كل من أحدث تخريباً او اتلف متعمدا في طريق عام أو مطار او جسر او قنطره او سكه حديديه او نهر اوقناة صالحين للملاحة بالحبس والغرامه او احدى

٩- ينظر ذلك: د. عبد الغني بسيوني – القانون الإداري – المصدر السابق ص ٦٠٥.

د. محمد رفعت عبد الوهاب- القانون الإداري المصدر السابق – ص ٢٧٦

د. محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٦٢٦

هاتين .

في حين تطرقت الكتاب الرابع من القانون ذاته الى جرائم الاضرار التي تلحق بالطرق العامه والاماكن المخصصية للمنفعة العامة . ومن ذالك عاقبت الماده٤٨٩ كل من نزع علامه او اكثر من علامات المرور الموضوعة في الطرق العامه او على الابنيه او العلامسات الموضوعه لتعيين المسافات او الارشاد الى المدن او الطرق او غيرها من المحلات العامه او شوهها او غير محل اتجاهها بالحبسً مدة لاتزيد على شهر اوبغرامه لاتزيد على عشرين دينارا.

المحاضرة الثامنة
القـــرار الإداري

موضوع القرار الإداري من أكثر المواضيع أهمية وحيوية فـي القـانون الإداري ، فهـو الأسلوب الأكثر شيوعاً في أعمال الإدارة ، ولا نظير له في مجال القانون الخـاص ، فمـن شـأنه أحداث آثار قانونية على عاتق المخاطبين به دون أن يتوقف ذلك على قبولهم.

وفي هذا الجزء من الدراسة نجد أنه من المناسب تمييز بين القرار الإداري وأعمال الدولة الأخرى ، وتبين أركانه أو عناصره وأنواعه والشروط اللازم توافرها في القـرار الإداري ليكـون صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية وأخيراً نبحث في نهاية القرارات الإدارية.

وفي هذا السبيل سنقسم هذا الباب إلى:

الفصل الأول: تمييز القرار الإداري عن أعمال الدولة الأخرى.

الفصل الثاني: مفهوم وعناصر القرار الإداري.

الفصل الثالث: تصنيف القرارات الإدارية.

الفصل الرابع: النظام القانوني للقرارات الإدارية.

الفصل الخامس: نهاية القرارات الإدارية.

الفصل الأول
تمييز القرار الإداري عن أعمال الدولة الأخرى

تمارس الدولة وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ثـلاث مهـام أو وظـائف هـي الوظيفـة التشريعية والوظيفة القضائية والوظيفة التنفيذية ، فالوظيفة التشريعية تتضمن مهمة وضع القواعد السلوكية العامة والمجردة وتختص بممارستها السلطة التشريعية ، أما الوظيفة القضائية فتتـضمن الفصل في المنازعات وتختص بها السلطة القضائية .

أما الوظيفة لتنفيذية فتختص بها السلطة التنفيذية التي تمارس أعمال مختلفة منها الأعمال المادية كبناء المنشآت العامة وتعبيد الطرق أو بناء الجسور ، كما تصدر أعمـالاً قانونيـة وهـذه الأخيرة منها ما يصدر بإرادتها المنفردة دون مشاركة الأفراد وهذه القـرارات الإداريـة ، ومنهـا الأعمال القانونية التعاقدية التي تصدر باتفاق أرادتين .

ومن ثم فإن تمييز القرار الإداري ليس بالأمر السهل ، فالفصل بـين الـسلطات لا يعنـي الفصل التام إذ تقتصر كل هيئة على ممارسة وظيفة خاصة ، إنما تمارس بعض الأعمال الداخلـة أصلا في نشاط الهيئات الأخرى . [1]

فالسلطة التشريعية تمارس عملاً إدارياً عندما تصدر الميزانية والسلطة التنفيذية قد تفـصل في خصومة عن طريق المجالس الإدارية ذات الاختصاص القضائي ، بينما يمارس القضاء بعـض

[1] – د. محمد كامل ليله –النظم السياسية– الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، ص٥٦٥ .

الاختصاصات الإدارية المتعلقة بموظفي الهيئات القضائية فضلاً عن وظيفته الأصلية في الفصل في المنازعات.

لذلك كان من الواجب تمييز القرار الإداري عن أعمال السلطة التشريعية والسلطة القضائية ، ثم نبحث في تمييز القرار الإداري عن العمل المادي.

المبحث الأول

القرارات الإدارية والأعمال التشريعية

القرارات الإدارية تقبل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري وعلى العكس من ذلك فإن القوانين لا يمكن الطعن فيها إلا بالطريق الدستوري المقرر. (٢)

ويتردد الفقه الحديث بين معيارين لتحديد صفة العمل تشريعية أم إدارية:

اولاً : المعيار الشكلي :

وفقاً للمعيار الشكلي أو العضوي يتم الرجوع إلى الهيئة التي أصدرت العمل أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره دون النظر إلى موضوعه فإذا كان العمل صادراً من السلطة التشريعية فهو عمل تشريعي ، أما إذا كان صادراً من أحدى الهيئات الإدارية بوصفها فرعاً من فروع السلطة التنفيذية فهو عمل إداري.

ومن ثم يمكن تعريف العمل الإداري وفق هذا المعيار بأنه كل عمل صادر من فرد أو هيئة تابعة للإدارة أثناء أداء وظيفتها.

فهذا المعيار يقف عند صفة القائم بالعمل دون أن يتعدى ذلك إلى طبيعة العمل ذاته ، وهو معيار سهل التطبيق لو التزمت كل سلطة بممارسة نشاطها وأخذت بمبدأ الفصل التام بين السلطات ، إلا أن طبيعة العمل تقتضي في أحيان كثيرة وجد نوع من التداخل والتعاون بين السلطات مما دعى بالفقه إلى البحث عن معيار آخر للتمييز بين القرارات الإدارية والأعمال التشريعية.

ثانياً : المعيار الموضوعي :

يعتمد المعيار الموضوعي على طبيعة العمل وموضوعه بصرف النظر عن الجهة التي أصدرته أو الإجراءات التي اتبعت في إصداره فإذا تمثل العمل في قاعدة عامة مجردة فأنشأ مركزاً قانونياً عاماً اعتبر عملاً تشريعياً أما إذا تجسد في قرار فردي يخص فرداً أو أفراداً معينين بذواتهم فأنشأ مركزاً قانونياً خاصاً اعتبر عملاً إدارياً.(٣)

وينقد أنصار هذا الاتجاه المعيار الشكلي لأنه يقف عند الشكليات وعدم الاهتمام بطبيعة العمل وجوهره، ويأتي في مقدمة أنصار الاتجاه الموضوعي الفقيه دوجي وبونار وجيز.

---

[2] – د. سليمان محمد الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الثاني – ص ٢٨٩.

[3] – *Andere de Laubader – Traite elementaire de droit administrative T1 – 1973- P 226 .*

ويؤمن هؤلاء الفقهاء بأن القانون يقوم على فكرتين أساسيتين هما فكرتا المراكز القانونية والأعمال القانونية:(٤)

١. المراكز القانونية : وهي الحالة التي يوجد فيها الفرد أزاء القانون وتقسم إلى قسمين:

أ- المراكز القانونية العامة أو الموضوعية: وهو كل مركز يكون محتواه واحد بالنسبة لطائفة معينة من الأفراد ، فترسم حدوده ومعالمه قواعد مجردة متماثلة لجميع من يشغلون هذا المركز ومثله مركز الموظف العام في القانون العام والرجل المتزوج في القانون الخاص.

ب- المراكز القانونية الشخصية أو الفردية: وهي المراكز التي يحدد محتواها بالنسبة لكل فرد على حده ، وهي بهذا تختلف من شخص إلى آخر ولا يمكن أن يحدد القانون مقدماً هذه المراكز لأنها تتميز بأنها خاصة وذاتية ومثله مركز الدائن أو المدين في القانون الخاص ومركز المتعاقد مع الإدارة في القانون العام.

٢. الأعمال القانونية : وتمتاز بأنها متغيرة ومتطورة بحسب الحاجة ويتم هذا التغيير أما بإرادة المشرع أو بإرادة شاغلها ويقسم " دوجي " هذه الأعمال إلى ثلاثة أقسام:

أ- أعمال مشرعة: وهي كل عمل قانوني ينشئ أو يعدل أو يلغى مركزاً قانونياً عاماً أو موضوعياً من هذه الأعمال القوانين المشرعة واللوائح والأنظمة ، والتي تتضمن قواعد تنظيمية عامة وغير شخصية.

ب- أعمال شخصية أو ذاتية: وهي الأعمال القانونية التي تنشئ أو تتعلق بمراكز شخصية لا يمكن تعديلها إلا بإرادة أطرافه وأوضح مثال على هذه الأعمال العقود.

ج- أعمال شرطية: وهي الأعمال الصادرة بصدد فرد معين وتسند إليه مركزاً عاماً ، فهي تجسيد لقاعدة عامة على حالة أو واقعة فردية ، ومثاله في القانون العام قرار التعيين في وظيفة عامة ، فهذا القرار يعد عملاً شرطياً لأنه لا ينشئ للموظف مركزاً شخصياً ، لأن هذا المركز كان قائماً وسابقاً على قرارا التعيين.

وبهذا المعنى فإن العمل التشريعي عند " دوجي " هو الذي يتضمن قاعدة عامة موضوعية " قوانين أو اللوائح " بغض النظر عن الهيئة أو الإجراءات المتبعة لإصداره ، في حين يعد إدارياً إذا اتسم بطابع الفردية وهذا يصدق على القرارات والأعمال الفردية والأعمال الشرطية.(٥)

ويبدو أن المشرع والقضاء الفرنسيان يأخذان بالمعيار الشكلي فالأصل أن لا يقبل الطعن بالإلغاء ضد أعمال السلطة التشريعية سواء في القوانين أو القرارات الصادرة من البرلمان ، واعتمد المشرع على ذلك في الأمر الصادر في ١٩٤٥/٧/٣١ المنظم لمجلس الدولة، إذ نص على أن محل الطعن بسبب تجاوز السلطة هو الأعمال الصادرة من السلطات الإدارية المختلفة.

---

[4] – للمزيد ينظر : د. محمود محمد حافظ – القرار الإداري – دار النهضة العربية – ١٩٩٣– ص ١٥ وما بعدها .

[5] – للمزيد ينظر: د. ليون دوجي – دروس في القانون العام – ترجمه : د. رشدي خالد – منشورات مركز البحوث القانونية – بغداد ١٩٨١ .

إلا أن القضاء الفرنسي لجأ في بعض الحالات إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي للتمييز بين الأعمال الإدارية والأعمال التشريعية قابلاً الطعن بالإلغاء في أعمال البرلمان المتعلقة بتسيير الهيئة التشريعية كاللوائح الداخلية للبرلمان والقرارات الصادرة بتعيين موظفيه ، لا سيما بعد صدور الأمر النظامي في ١٩٥٨/١١/١٧ الذي سمح لموظفي المجالس برفع المنازعات ذات الطابع الفردي إلى القضاء الإداري.[6]

وهو الاتجاه الذي اعتمده القضاء الإداري المصري فهو وأن اعتمد المعيار الشكلي قاعدة عامة في الكثير من أحكامه إلا انه اعتبر في أحكام أخرى القرارات الصادرة من مجلس الشعب بإسقاط عضوية أحد أعضاءه عملاً إدارياً يقبل الطعن فيه بالإلغاء.[7]

المبحث الثاني

القرارات الإدارية والأعمال القضائية

يشترك القضاء مع الإدارة في سعيهما الحثيث نحو تطبيق القانون وتنفيذه على الحالات الفردية ، فهما ينقلان حكم القانون من العمومية والتجريد إلى الخصوصية والواقعية وذلك بتطبيقه على الحالات الفردية.[8]

ويظهر التشابه بينهما أيضا في أن الإدارة شأنها شأن القضاء تسهم في معظم الأحيان بوظيفة الفصل في المنازعات من خلال نظرها في تظلمات الأفراد وفي الحالتين يكون القرار الإداري الصادر من الإدارة والحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية أداة لتنفيذ القانون.

ومع هذا التقارب سعى الفقه والقضاء إلى إيجاد معيار للتمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري لخطورة النتائج المترتبة على الخلط بينهما ، فالقرارات الإدارية يجوز بصورة عامة إلغاؤها وتعديلها وسحبها ، أما الأحكام القضائية فطرق الطعن فيها محددة تشريعياً على سبيل الحصر.

وبرزت في مجال التمييز بين القرارات الإدارية والأعمال القضائية نظريات عدة يمكن حصرها في ضمن معيارين:

أولاً : المعيار الشكلي .

يقوم هذا المعيار على أساس أن العمل الإداري هو ذلك العمل أو القرار الذي يصدر عن فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة بصرف النظر عن مضمون وطبيعة العمل أو القرار ذاته، بينما يعد العمل قضائياً إذا صدر عن جهة منحها القانون ولاية القضاء وفقاً لإجراءات معينة ، بصرف النظر عن مضمون وطبيعة العمل.

---

6 – د. صبيح بشير مسكوني – المصدر السابق – ص ٢٩٦ .

7 – ينظر : حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٧/٤/٩ مجموعة المبادئ ص ٢١٨٣ وحكم الصادر في ١٩٧٨/١/٢٨ مجموعة المبادئ ص ٢٢٠٤ .

8 – د. رمزي الشاعر – المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – س١١ع٢ يوليو ١٩٦٩ – ص ٧ .

وهذا المعيار منتقد من حيث أنه ليس جل الأعمال القضائية أحكاماً ، بل أن منها ما يعد أعمالاً إدارية بطبيعتها ، ومن جانب آخر نجد أن المشرع كثيراً ما يخول الجهات الإدارية سلطة الفصل في بعض المنازعات فيكون لهذه الجهات اختصاص قضائي.

وعلى هذا الأساس فإن المعيار الشكلي لا يكفي لتمييز الأعمال الإدارية عن الأحكام القضائية.

ثانيا : المعيار الموضوعي :

المعيار الموضوعي أو المادي يقوم على أساس النظر في موضوع وطبيعة العمل نفسه دون اعتبار بالسلطة التي أصدرته ، واعتمد هذا المعيار عناصر عدة يتم من خلالها التوصل إلى طبيعة ومضمون العمل ، فيكون العمل قضائياً ، إذ تضمن على " أدعاء بمخالفة القانون ، وحل قانوني للمسألة المطروحة يصاغ في تقرير ، وقرار هو النتيجة الحتمية للتقرير الذي انتهى إليه القاضي ".[٩]

في حين يكون العمل إدارياً إذا صدر من سلطة تتمتع باختصاص تقديري وليس من سلطة تتمتع باختصاص مقيد كما في أحكام القضاء ، وأن يصدر بشكل تلقائي وليس بناءً على طلب من الأفراد وأن يكون الغرض من العمل إشباع حاجات عامة.

ولا شك أن هذه العناصر لا تكفي لتمييز الأعمال الإدارية عن أعمال القضاء ، لأن الكثير من قرارات الإدارة إنما يصدر عن اختصاص مقيد ، وكثيراً منها لا يصدر إلا بطلب من الأفراد.

والإدارة عندما تفصل في المنازعات باعتبارها جهة ذات اختصاص قضائي إنما يقترب نشاطها من نشاط القضاء ويهدف إلى حماية النظام القانوني للدولة.

إزاء ذلك نشأ معيار مختلط يقوم على أساس المزج بين المعيارين الشكلي والموضوعي إذ ينظر إلى طبيعة العمل من ناحية ، والشكل الذي يظهر فيه العمل والإجراءات المتبعة لصدوره من ناحية أخرى.

والمتتبع لأحكام مجلس الدولة في فرنسا يجد أنه يأخذ في الغالب بالمعيار الشكلي لتمييز العمل القضائي عن القرار الإداري إلا أنه يتجه في بعض الأحيان إلى المعيار الموضوعي فهو يمزج بين المعيارين الشكلي والموضوعي لأن العمل القضائي الذي لا يعد قراراً إدارياً ولا يخضع للطعن أمام القضاء الإداري لا يشمل حتماً كل ما يصدر عن الجهة القضائية. [١٠]

ويبدو أن القضاء الإداري المصري قد واكب هذا الاتجاه فقد قضت محكمة القضاء الإداري:
" أن شراح القانون العام قد اختلفوا في وضع معايير التفرقة بين القرار الإداري والقرار القضائي فمنهم من أخذ بالمعيار الشكلي ، ويتضمن أن القرار القضائي هو الذي يصدر من جهة منحها القانون ولاية القضاء ، ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي وهو ينتهي إلى أن القرار القضائي هو

---

9 – د. هاشم خالد – مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء – مؤسسة شباب الجامعة – ١٩٩٠– ص ١٧ .

10 – *De laubadere – Traite droit administrptif – OP –Cit – P 223 .*

الذي يصدر في خصومة لبيان حكم القانون فيها و بينما رأى آخرون أن يؤخذ بالمعيارين معاً – الشكلي والموضوعي – وقد اتجه القضاء في فرنسا ثم في مصر إلى هذا الرأي الأخير وعلى أن الراجح هو الأخذ بالمعيارين معاً مع بعض الضوابط ، وبيان ذلك أن القرار القضائي يفترق عن القرار الإداري في أن الأول يصدر من هيئة قد استمدت ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصها مبين لإجراءاتها وما إذا كان ما تصدره من أحكام نهائياً أو قابلاً للطعن مع بيان الهيئات التي تفصل في الطعن في الحالة الثانية وأن يكون هذا القرار حاسماً في خصومة ، أي في نزاع بين طرفين مع بيان القواعد التي تطبق عليه ووجه الفصل فيه".(١١)

المبحث الثالث

القرارات الإدارية والأعمال المادية

العمل المادي مجرد واقعة مادية غير مؤثرة في المراكز القانونية التي تتصل بها، فإذا كان وجود الأثر القانوني هو معيار القرارات الإدارية ، فإن غيبة هذا الأثر تصبح هي معيار الأعمال المادية. (١٢)

والأعمال المادية أما أن تكون أفعالاً إرادية أرادتها الإدارة وتدخلت لتحقيقها ، مثل الإجراءات التنفيذية التي لا تسمو لمرتبة القرار الإداري كهدم المنازل الآيلة للسقوط تنفيذاً لقرار الإدارة بالهدم.

وقد تكون أفعالاً غير إرادية تقع بطريق الخطأ والإهمال مثل حوادث السير التي يسببها أحد موظفي الإدارة.

والأعمال المادية لا تعتبر من قبيل الأعمال القانونية الإدارية لأنها لا ترتب آثاراً قانونية مباشرة وتخرج هذه الأعمال عن نطاق الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن: " محل العمل المادي الذي لا يختص به القضاء الإداري يكون دائماً واقعة مادية أو أجراء مثبتاً لها دون أن يقصد به تحقيق آثار قانونية إلا ما كان منها وليد إرادة المشرع مباشرة لا أرادة جهة الإدارة ". (١٣)

وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن العمل المادي الذي يكون دائماً نتيجة مادية واقعية ". (١٤)

11– حكمها رقم ٣٩٤٠ لسنة ٧ق في ١٩٥٤/٢/١٣ المجموعة ١ لسنة ٩ بند ١٠١ ص١٢٨.

12– د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، بدون سنة طبع، ص٩٤؛ د. عبد الغني بسيوني – المصدر السابق – ص ٤٤٢ .

13 – حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٩/١/١١ القضية ٢٤٠ لسنة ١٤ ق المجموعة ١ السنة ١٤ ص ٢٤٩ .

14 – حكم المحكمة العليا بتاريخ ١٩٧٨/١٢/١٤ طعن إداري ٢٣/٣٣ ق.م.م.ع السنة الخامسة عشر العدد الرابع ص ٢١ .

وعلى الرغم من ذلك فإن عدم اعتبار العمل المادي قراراً إدارياً وأن كان يمنع الطعن فيه بالإلغاء ، فأنه يصح أن يكون محلاً لمنازعة إدارية تمس مصالح الأفراد فيكون محلاً لطلب التعويض على أساس دعوى القضاء الكامل.

ومن المستقر في القضاء الإداري أن كل قرار لم يصدر عن أرادة الإدارة في أحداث أثر قانوني سلبياً كان أن إيجابياً لا يعد قراراً أدارياً صالحاً للطعن فيه بالإلغاء ولا يعدو أن يكون أجراءً تنفيذياً أو عملاً مادياً

الفصل الثاني

مفهوم القرار الإداري وعناصره

في هذا الجزء من الدراسة نبحث في تعريف القرار الإداري والعناصر الأزمة لوجوده صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية.

المبحث الأول

تعريف القرار الإداري

نال موضوع القرار الإداري عناية الكثير من الفقهاء ، كما أسهم القضاء الإداري في الكشف عن الكثير من ملامحه ، ومع اختلاف تعريفات الفقه والقضاء للقرار الإداري من حيث الألفاظ فأنه ينم عن مضمون واحد.

فقد عرفه العميد " دوجي " بأنه كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلة معينة.

وعرفه " بونار " بأنه كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة.[١٥]

وعرفه " رفيرو " بأنه العمل الذي بواسطته تقوم الإدارة باستعمال سلطتها في تعديل المراكز القانونية بإرادتها المنفردة. [١٦]

أما في الفقه العربي ، فقد عرفه الدكتور " سامي جمال الدين " بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد أحداث أثر قانوني معين. [١٧]

اما في العراق فقد جاء في تعريف الدكتور " شاب توما منصور " بأن القرار الإداري هو عمل قانوني يصدر عن السلطة الإدارية من جانب واحد ويحدث اثراً قانونيا. [١٨]

---

15 - د. حمدي ياسين عكاشة – القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة – منشأة المعارف الإسكندرية – ١٩٨٧ – ص ١٧٠ .

16 - د. محمد كامل ليله – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – دار النهضة العربية – بيروت – ١٩٧٠ – ص ٩٤٨ .

17 - د. سامي جمال الدين – الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري – منشأة المعارف ١٩٩٠ – ص ٤٩ .

18 - د. شاب توما منصور – القانون الاداري –الكتاب الثاني – الطبعة الاولى ١٩٨٠ ص ٣٩٧

أما القضاء الإداري المصري فقد استقر على تعريفه أنــه أفــصاح الإدارة عــن إرادتهــا الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد أحداث أثر قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة. (١٩)

ومن ذلك يتبين ان القرار الاداري عمل قانوني يصدر بالارادة المنفــردة لــلادارة بهــدف احداث اثر قانوني.

ويتضح من هذا التعريف أن هناك عدة شروط يجب توافرها لنكون أمام قرار إداري وهي:

- أن يصدر القرار من سلطة إدارية وطنية.
- أن يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة.
- ترتيب القرار لأثار قانونية.

أولاً : أن يصدر القرار من سلطة إدارية وطنية :

يشترط في القرار الإداري أن يصدر من سلطة إدارية وطنية سواء أكانــت داخــل حــدود الدولة أو خارجها من دون النظر إلى مركزية السلطة أو عدم مركزيتها ، والعبرة في تحديد مــا إذا كانت الجهة التي أصدرت القرار وطنية أم لا ليس بجنسية أعضائها ، وإنما بمصدر الــسلطة التــي تستمد منها ولاية إصدار القرار.

ولنكون أمام قرار إداري ينبغي أن يصدر هذا القرار من شخص عام له الــصفة الإداريــة وقت إصداره ولا عبرة بتغير صفته بعد ذلك ، وهو ما يميز القرار الإداري عن الأعمال التــشريعية والقضائية التي بيناها وفقاً للمعيار الشكلي ، إذ يتم النظر إلى صفة الجهــة التــي قامــت بالعمــل والإجراءات المتبعة في إصداره.

ووفقاً لهذا الشرط لا يمكن اعتبار القرارات الصادرة عن أشخاص القانون الخاص قــرارات إدارية إلا في حالتين اعترف فيهما القضاء الإداري بالصفة الإدارية للقرارات الصادرة من أشخاص القانون الخاص ، تتعلق الحالة الأولى بالقرارات الصادرة عن الموظف الفعلي أو الظــاهر ، وهــو شخص تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة ، متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص. (٢٠) أما في الحالة الثانية فتتعلق بالقرارات الصادرة من ملتزم المرافق العامة. (٢١)

ثانياً : صدور القرار بالإدارة المنفردة للإدارة .

---

19 – حكم المحكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى ٢٦٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٤٨/١/٧ س ٢ ص ٢٢٢.

20 – ينظر :

د. ماجد راغب الحلو – نظرية الظاهر في القانون الإداري – مجلة الحقوق والشريعة الكويتية – س ٤ ع١ – ص ٥٨ .

د. زهدي يكن – القانون الإداري – المكتبة العصرية – بيروت – ج٢ – ص ٣٨٦ .

21 – د. عصمت عبد الله – مبادئ ونظريات القانون الإداري – دار النهضة العربية – القاهرة –١٩٩٨– ص ٢٢ .

يجب أن يصدر القرار من جانب الإدارة وحدها ، وهو ما يميز القرار الإداري عـن العقـد الإداري الذي يصدر باتفاق أرادتين سواء أكانت هاتين الإرادتين لشخصين من أشـخاص القـانون العام أو كان أحدها لشخص من أشخاص القانون الخاص.

والقول بضرورة أن يكون العمل الإداري صادراً من جانب الإدارة وحدها ليكتسب صـفة القرار الإداري لا يعني أنه يجب أن يصدر من فرد واحد ، فقد يشترك في تكوينه أكثر من فرد كـل منهم يعمل في مرحلة من مراحل تكوينه لأن الجميع يعملون لحساب جهة إدارية واحدة. (٢٢)

ثالثاً : ترتيب القرار لآثار قانونية .

لكي يكون القرار إدارياً يجب أن يرتب آثاراً قانونية وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركـز قانوني معين ، فإذا لم يترتب على العمل الإداري ذلك فإنه لا يعد قراراً إدارياً.

لهذا نجد القضاء الإداري الفرنسي يشترط في القرار المطعون فيه بالإلغاء أن ينتج ضـرراً برافع الدعوى. (٢٣) ومن ثم تكون له مصلحة في إلغاء هذا القرار ويتطلب توفر عنصرين أساسـين للقول بوجود مصلحة للطاعن هما:

١. وجوب تولد آثار قانونية عن القرار المطعون فيه ، ومن ثم يجب استبعاد القرارات التي لا يحدث آثاراً قانونية من نطاق دعوى الإلغاء. (٢٤)
٢. أن يحمل القرار قابلية أحداث آثار قانونية بنفسه. (٢٥)

وبناءً على ذلك فإن الأعمال التمهيدية والتقارير والمذكرات التحضرية التي تسبق اتخاذ القـرار لا تعد قرارات إدارية لعدم تحقق هذين العنصرين ، ونجد أنه من المناسب أن نبين مضمون بعـض هذه الأعمال:

أ- الأعمال التمهيدية والتحضرية: وهي مجموعة من القرارات التي تتخذها الإدارة وتتـضمن رغبات واستشارات وتحقيقات تمهيدا لإصدار قرار إداري وهذه الأعمـال لا تولـد آثـاراً قانونية ولا يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

ب- المنشورات والأوامر المصلحية: وهي الأعمال التي تتضمن تعليمات وتوجيهات صادرة من رئيس الدائرة إلى مرؤوسيه لتفسير القوانين أو اللوائح وكيفية تطبيقهـا وتنفيـذها ما دامت هذه المنشورات لم تتعد هذا المضمون أما إذا تضمنت أحداث آثار في مراكز الأفـراد فأنها تصبح قرارات إدارية يقبل الطعن فيها بالإلغاء.

ج- الأعمال اللاحقة لصدور القرار: الأصل أن هذه الأعمال لا ترتب آثراً قانونياً لأنها أمـا أن تكون بمثابة إجراءات تنفيذية لقرارات سابقة فلا يقبل الطعن فيها بالإلغاء لأنها تنـصب علـى

---

22 - د. محمد سعيد حسين أمين – مبادئ القانون الإداري – دار الثقافة الجامعية – ١٩٩٧ – ص ٥٢١ .

23 – *T.Benoit – Le Droit Administratif Frncais, Dalloz, 1968, P 577* .

24 – *Marcel Waline – Traite de droit Administratif 1963, P 452* .

25 – *Auby et Drago – Traite de contentieux Administratif – 1963, T 11, P 460* .

تسهيل تنفيذ القرار الإداري السابق ، ولا تشير إلى قرارات مستقبلة فلا يكون الأثر المترتب عليها حالاً.

د- الإجراءات الداخلية: وتشمل إجراءات التنظيم للمرافق العامة التي تضمن حسن سيرها بانتظام واطراد ، والإجراءات التي يتخذها الرؤساء الإداريون في مواجهة موظفيهم المتعلقة بتقسيم العمل في المرفق وتبصير الموظفين بالطريق الأمثل لممارسة وظائفهم.

وهذا النوع من الإجراءات لا يدخل من ضمن القرارات الإدارية التي يجوز الطعن بها أمام دوائر القضاء الإداري لأنها لا تؤثر في المراكز القانونية للأفراد.

المبحث الثاني
عناصر القرار الإداري

يقوم القرار الإداري على عناصر أساسية إذا لم يستوفها يكون معيباً أو غير مشروع ، وقد درج الفقه والقضاء على أنه يلزم أن يتوافر للقرار الإداري باعتباره عملاً قانونياً خمس عناصر لينتج آثاره ويكون صحيحاً هي: الاختصاص ، الشكل ، السبب ، المحل ، الغاية.

وفي ذلك ورد في المادة السابعة / ثانياً من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ (قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩)

((يعتبر من اسباب الطعن بوجه خاص ما يلي:

١- ان يتضمن الامر او القرار خرقاً او مخالفة للقانون او الانظمة والتعليمات.

٢- ان يكون الامر او القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص او معيباً في شكله.

٣- ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين او الانظمة او التعليمات او تفسيرها او فيه اساءة او تعسف في استعمال السلطة ويعتبر في حكم القرارات او الاوامر التي يجوز الطعن فيها رفض او امتناع الموظف او الهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي عن اتخاذ قرار او امر كان من الواجب عليه اتخاذه قانوناً)).

أولاً: الاختصاص

أن توزيع الاختصاصات بين الجهات الإدارية من الأفكار الأساسية التي يقوم عليها نظام القانون العام ويراعى فيها مصلحة الإدارة التي تستدعي أن يتم تقسيم العمل حتى يتفرغ كل موظف لأداء المهام المناطة به على أفضل وجه ، كما أن قواعد الاختصاص تحقق مصلحة الأفراد من

حيث أنه يسهل توجه الأفراد إلى أقسام الإدارة المختلفة ويساهم في تحديد المسؤولية الناتجة عن ممارسة الإدارة لوظيفتها.

ويقصد بالاختصاص القدرة على مباشرة عمل إداري معين أو تحديد مجموعة الأعمال والتصرفات التي يكون للإدارة أن تمارسها قانوناً وعلى وجه يعتد به.(٢٦)

والقاعدة أن يتم تحديد اختصاصات كل عضو إداري بموجب القوانين والأنظمة ولا يجوز تجاوز هذه الاختصاصات و إلا اعتبر القرار الصادر من هذا العضو باطلاً.

وقواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام ، لذلك لا يجوز لصاحب الاختصاص أن يتفق مع الأفراد على تعديل تلك القواعد ، و إلا فإن القرار الصادر مخالفاً لهذه القواعد يكون معيباً بعيب عدم الاختصاص ، ويكون لصاحب الشأن أن يطعن بهذا العيب أمام القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ولا يسقط الدفع بهذا العيب بالدخول في موضوع الدعوى، ويجوز إبداؤه في أي مرحلة من مراحلها ، وعلى القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص تلقائياً لو لم يثيره طالب الإلغاء.

وقد شبه بعض الفقهاء قواعد الاختصاص في القانون العام بقواعد الأهلية في القانون الخاص لأن كلاهما يقوم في الأساس على القدرة على مباشرة التصرف القانوني.

ويتضح الاختلاف من حيث المقصود في كل منها ، فالهدف من قواعد الاختصاص حماية المصلحة العامة أما قواعد الأهلية فالهدف منها هو حماية الشخص ذاته ، وأن الأهلية في القانون الخاص هي القاعدة ، أما عدم الأهلية فاستثناء على هذه القاعدة ، ويختلف الاختصاص عن ذلك في أنه يستند دائماً إلى القانون الذي يبين حدود أمكان مباشرة العمل القانوني ، وأن سبب عدم الأهلية يتركز في عدم كفاية النضوج العقلي للشخص بينما يكون الدافع في تحديد الاختصاص هو العمل على التخصيص وتقسم العمل بين أعضاء السلطة الإدارية.(٢٧)

والقواعد القانونية المتعلقة بالاختصاص يمكن حصرها بالعناصر الآتية:

١. قواعد الاختصاص من حيث الأشخاص: يشترط لصحة القرار الإداري أن يصدر من الشخص أو الهيئة المنوط بها إصداره ، فلا يملك هذا الشخص أو تلك الجهة نقل اختصاصها للغير إلا في الأحوال التي يجيزها القانون بناءً على تفويض أو حل قانوني صحيح و إلا كان القرار الصادر مشوباً بعيب عدم الاختصاص.

٢. قواعد الاختصاص من حيث الموضوع: يحدد القانون اختصاصات كل موظف أو جهة إدارية بموضوعات معينة فإذا تجاوز هذا الموظف أو الإدارة اختصاصاته تلك فتعدى على اختصاصات جهة أخرى ، تحقق عيب عدم الاختصاص ، ويكون هذا الاعتداء أما من جهة إدارية على اختصاصات جهة إدارية أخرى موازية أو مساوية لها ، أو من جهة إدارية

---

26 – د. خالد سماره الزغبي، القرار الإداري، الطبعة الأولى، عمان، ١٩٩٣، ص٦٥ .

27 – ينظر: د. محسن خليل، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩، ص٧٢-٧٣؛ د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف، ١٩٧٩– ص٤٤١.

دنياً على اختصاصات جهة إدارية عليا أو من جهة أخرى إدارية عليا على اختصاصات جهة أدنى منها، أو اعتداء السلطة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية.

٣. قواعد الاختصاص حيث المكان: يتم من خلالها تحديد النطاق المكاني الذي يجوز لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيه ، فإذا تجاوز هذا النطاق ، فإن قراراته كون مشوبة بعيب عدم الاختصاص ، وهذا العيب قليل الحدوث في العمل لأن المشرع كثيراً ما يحدد وبدقة النطاق المكاني الذي يجوز لرجل الإدارة أن يمارس اختصاصه فيه وغالباً ما يتقيد الأخير بحدود هذا الاختصاص ولا يتعداه.

٤. قواعد الاختصاص من حيث الزمان: وذلك بأن يتم تحديد فترة زمنية معينة يكون لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيها ، فإذا أصدر قرار خارج النطاق الزمني المقرر لممارسته ، كما لو أصدر رجل الإدارة قراراً إدارياً قبل صدور قرار تعيينه أو بعد قبول استقالته أو فصله من الوظيفة أو إحالته على التقاعد.

كذلك إذا حدد المشرع مدة معينة لممارسته اختصاص معين أو لإصدار قرار محدد فإن القرار الإداري الصادر بعد انتهاء المدة الزمنية المعينة لإصداره يعد باطلاً ومعيباً بعدم الاختصاص إذا اشترط المشرع ذلك ، فإن لم يفعل فقد درج القضاء الإداري في فرنسا ومصر على عدم ترتيب البطلان. (٢٨)

ومخالفة قواعد الاختصاص أما أن تكون في صورة إيجابية أو في صورة سلبية ، فتكون المخالفة إيجابية عندما يصدر الموظف أو الجهة الإدارية قراراً من اختصاص موظف آخر أو جهة إدارية أخرى.

وتكون المخالفة سلبية عندما يرفض الموظف أو الإدارة إصدار قرار معين ظناً منهما بأن القرار غير داخل في ضمن اختصاصاتهما.

ثانياً : الشكل .

الشكل هو المظهر الخارجي أو الإجراءات التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها الملزمة للأفراد.

والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تعبر عن إرادتها بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ، وفي هذه الحالة يجب أن يتخذ القرار الشكلية المقررة لصدوره، كأن يشترط القانون ضرورة أن يكون القرار مكتوباً ، أو استشارة جهة متخصصة قبل إصداره أو تسبيبه إلى غير ذلك من أشكال أخرى.

ويحدد القانون بمعناه العام قواعد الشكل والإجراءات بما ينص عليه الدستور أو التشريع العادي أو الأنظمة ، كذلك تؤدي المبادئ القانونية العامة دوراً مهماً في ابتداع قواعد شكلية غير

---

28 – د. عبد الغني بسيوني – المصدر السابق – ص ٤٦٧ .

منصوص عليها في القانون والأنظمة بالاستناد إلى روح التشريع وما يمليه العقل وحسن تقدير الأمور(٢٩).

وعندما يشترط القانون إتباع شكل أو إجراء معين إنما يسعى من جهة إلى تحقيق مصلحة الأفراد وعدم فسح المجال للإدارة لإصدارها قرارات مجحفة بحقوقهم بصورة ارتجالية، ومن جهة أخرى يعمل على تحقيق المصلحة العامة في ألزام الإدارة بإتباع الأصول والتروي وعدم التسرع في اتخاذ قراراته خاطئة.

وقد درج القضاء الإداري على التمييز بين ما إذا كانت المخالفة في الشكل والإجراءات قد تعلقت بالشروط الجوهرية التي تمس مصالح الأفراد وبين ما إذا كانت المخالفة متعلقة بشروط غير جوهرية لا يترتب على إهدارها مساس بمصالحهم ويترتب البطلان بالنسبة للنوع الأول دون النوع الثاني.

١. الأشكال التي تؤثر في مشروعية القرار الإداري :

لا يمكن أن نحصر الأشكال والإجراءات التي يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري إلا أن المستقر في الفقه والقضاء الإداري أن أهم هذه الشكليات تتعلق بشكل القرار ذاته ، وتسبيبه والإجراءات التمهيدية السابقة على إصداره ، والأشكال المقررة لحماية مصالح المخاطبين بالقرار أو التي تؤثر في الضمانات المقرر للأفراد في مواجهة الإدارة.

٢. الأشكال التي لا تؤثر في مشروعية القرار الإداري :

في المستقر في القضاء الإداري أنه لا يترتب البطلان على كل مخالفة للشكليات دون النظر إلى طبيعة هذه المخالفة فقد أطرد القضاء على التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال الثانوية أو غير الجوهرية ورتب البطلان على الأولى دون الثانية.

والتمييز بين أشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية مسألة تقديرية تتقرر في ضوء النصوص القانونية ورأي المحكمة ، وبصورة عامة يكون الإجراء جوهرياً إذا وصفه القانون صراحة بذلك ، أو إذا رتب البطلان كجزاء على مخالفته ، أما إذا

---

29 - ينظر: د. مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – المصدر السابق – ص ٤٧٩؛ د. حنا نده – القضاء الإداري في الأردن – ١٩٧٢ – ص ٣٧٥ .

صمت القانون فإن الإجراء يعد جوهرياً إذا كان له أثر حاسم ، وبعكس ذلك فإنه يعد أجراء ثانويـــاً ومن ثم فإن تجاهله لا يعد عيباً يؤثر في مشروعية ذلك القرار(٣٠)

وقد استقر القضاء الإداري على أن الإجراءات الثانوية والتي لا يترتـب علـى مخالفتهـا بطلان القرار الإداري على نوعين: النوع الأول يتمثل في الأشكال والإجراءات المقـررة لمـصلحة الإدارة ، أما النوع الثاني فيتعلق بالأشكال والإجراءات الثانوية التي لا تؤثر في مـضمون القـرار كإغفال الإدارة ذكر النصوص القانونية التي كانت الأساس في إصداره. (٣١)

ثالثاً : السبـب .

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تـسبق القـرار وتـدفع الإدارة لإصداره ، فالسبب عنصر خارجي موضوعي يبرر للإدارة التدخل بإصدار القرار ولـيس عنـصراً نفسياً داخلياً لدى من إصدار القرار.

فالأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها استناداً إلى قرينة المشروعية التي تفترض أن قرارات الإدارة تصدر بناءً على سبب مشروع وعلى صاحب الـشأن إثبـات العكـس، أمـا إذا أفصحت الإدارة عن هذا السبب من تلقاء ذاتها فإنه يجب أن يكون صحيحاً وحقيقياً. مـا لـم تكـن الإدارة ملزمة بذكر سبب القرار قانوناً.

وقد استقر القضاء على ضرورة توفر شرطين في سبب القرار الإداري:

١. أن يكون سبب القرار قائماً وموجوداً حتى تاريخ اتخاذ القرار ، ويتفرع من هـذا الـشرط ضرورتان الأولى أن تكون الحالة الواقعية أو القانونية موجودة فعـلاً وإلا كـان القـرار الإداري معيباً في سـببه ، والثاني يجب أن يستمر

وجودها حتى صدور القرار فإذا وجدت الظروف الموضوعية لإصدار القرار إلا أنها زالت قبـل إصداره فإن القرار يكون معيباً في سببه وصدر في هذه الحالة ، كذلك لا يعتد بالسبب الذي لـم يكن موجوداً قبل إصدار القرار إلا أنه تحقق بعد ذلك ، وأن جاز يكون مبـرراً لـصدور قـرار جديد.

---

30 – د. مصطفى أبو زيد فهمي – المصدر السابق – ص٤٨٤ .

31 – د. مازن ليلو راضي – الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي – مركز الجبل الأخضر للطباعة والنشر – ٢٠٠٢ – ص ٢٣٧ .

٢. أن يكون السبب مشروعاً ، وتظهر أهمية هذا الشرط في حالة السلطة المقيدة للإدارة ، عندما يحدد المشرع أسباباً معينة يجب أن تستند إليها الإدارة في لإصدار بعض قراراتها ، فإذا استندت الإدارة في إصدار قرارها إلى أسباب غير تلك التي حددها المشرع فإن قراراها يكون مستحقاً للإلغاء لعدم مشروعية سببه. بل أن القضاء الإداري درج على أنه حتى في مجال السلطة التقديرية لا يكفي أن يكون السبب موجوداً بل يجب أن يكون صحيحاً ومبرراً لإصدار القرار الإداري.

وقد تطورت رقابة القضاء على ركن السبب في القرار الإداري من الرقابة على الوجود المادي للوقائع إلى رقابة الوصف القانوني لها إلى أن وصلت إلى مجال الملائمة أو التناسب:

١. الرقابة على وجود الوقائع: وهي أول درجات الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الإداري ، فإذا تبين أن القرار المطعون فيه لا يقوم على سبب يبرره فإنه يكون جديراً بالإلغاء لانتفاء الواقعة التي استند عليها، أما إذا صدر

القرار بالاستناد إلى سبب تبين أنه غير صحيح أو وهمي وظهر من أوراق الدعوى أن هناك أسباب أخرى صحيحة فأنه يمكن حمل القرار على تلك الأسباب.

٢. الرقابة على تكييف الوقائع : وهنا تمتد الرقابة لتشمل الوصف القانوني للوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها فإذا تبين أن الإدارة أخطأت في تكييفها القانوني لهذه الوقائع فأنه يحكم بإلغاء القرار الإداري لوجود عيب في سببه، بمعنى أنه إذا تحقق القاضي من وجود الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها ينتقل للبحث فيما إذا كانت تلك الوقائع تؤدي منطقياً إلى القرار المتخذ.

٣. الرقابة على ملائمة القرار للوقائع: الأصل أن لا تمتد رقابة القضاء الإداري لتشمل البحث في مدى تناسب الوقائع مع القرار الصادر بناءً عليها ، لأن تقدير أهمية الوقائع وخطورتها مسألة تدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية للإدارة.

إلا أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق أخذ يراقب الملائمة بين السبب والقرار المبني عليه لا سيما إذا كانت الملائمة شرطاً من شروط المشروعية وخاصة فيما يتعلق بالقرارات المتعلقة بالحريات العامة. ثم امتدت الرقابة على الملائمة لتشمل ميدان القرارات التأديبية.

رابعاً : المحل.

يقصد بمحل القرار الإداري الأثر الحال والمباشر الذي يحدثه القرار مباشرة سواء بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه.

ويجب أن يكون محل القرار ممكناً وجائزاً من الناحية القانونية ، فإذا كان القرار معيباً في فحواه أو مضمونه بأن كان الأثر القانوني المترتب على القرار غير جائز أو مخالف للقانون أياً كان مصدره دستورياً أو تشريعياً أو لائحياً أو عرفاً أو مبادئ عامة للقانون ، ففي هذه الحالات يكون غير مشروع ويكون القرار بالتالي باطلاً.

ومخالفة القرار للقواعد القانونية تتخذ صوراً متعددة وهي:

١. المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية : وتتحقق هذه عندما تتجاهل الإدارة القاعدة القانونية وتتصرف كأنها غير موجودة ، وقد تكون هذه المخالفة عمدية ، كما قد تكون غير عمدية نتيجة عدم علم الإدارة بوجود القاعد القانونية بسبب تعاقب التشريعات وعدم مواكبة الإدارة للنافذ منها.

٢. الخطأ في تفسير القاعدة القانونية : وتتحقق هذه الحالة عندما تخطأ الإدارة في تفسير القاعدة القانونية فتعطي معنى غير المعنى الذي قصده المشرع.

والخطأ في تفسير القاعدة القانونية أما أن يكون غير متعمد من جانب الإدارة فيقع بسبب غموض القاعدة القانونية وعدم وضوحها ، واحتمال تأويلها إلى معان عدة، وقد يكون متعمداً حين تكون القاعدة القانونية المدعى بمخالفتها من الوضوح بحيث لا تحتمل الخطأ في التفسير ، ولكن الإدارة تتعمد التفسير الخاطيء فيختلط عيب المحل في هذه الحالة بعيب الغاية.

٣. الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية : ويحصل هذا الخطأ في حالة مباشرة الإدارة للسلطة التي منحها القانون إياها ، بالنسبة لغير الحالات التي نص عليها القانون أو دون أن تتوفر الشروط التي حددها القانون لمباشرتها.(٣٢)

ويتخذ الخطأ في تطبيق القانون صورتين الأولى تتمثل في حالة صدور القرار دون الاستناد إلى وقائع مادية تؤيده ، ومثال ذلك أن يصدر الرئيس الإداري جزاءاً تأديبياً بمعاقبة أحد الموظفين دون أن يرتكب خطأ يجيز هذا الجزاء.

أما الثانية فتتمثل في حالة عدم تبرير الوقائع للقرار الإداري ، وهنا توجد وقائع معينة إلا أنها لا تكفي أو لم تستوف الشروط القانونية اللازمة لاتخاذ هذا القرار ، كأن تكيف الإدارة جريمة معينة بأنها مرتكبة ضد الإدارة العامة فتصدر قراراً بإنهاء خدمات الموظف ثم يتبين عدم صحة هذا التكييف.

خامسا : الغاية .

يقصد بالغاية من القرار الإداري الهدف الذي يسعى هذا القرار إلى تحقيقه ، والغاية عنصر نفسي داخلي لدى مصدر القرار ، فالهدف من إصدار قرار بتعيين موظف هو لتحقيق استمرار سير العمل في المرفق الذي تم تعيينه فيه ، والهدف من لإصدار قرارات الضبط الإداري هو حماية النظام العام بعناصره الثلاث السكينة العامة ، والصحة العامة ، و الأمن العام.

[32] – د. محمود حافظ – القضاء الإداري – الطبعة السادسة – دار النهضة العربية – القاهرة – ص ٤١ .

وغاية القرارات الإدارية كافة تتمثل في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع ، فـإذا انحرفـت الإدارة في استعمال سلطتها هذه بإصدار قرار لتحقيق أهداف تتعارض مع المـصلحة العامـة فـإن قراراها يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها ، ويعد هذا العيب مـن أسـباب الطعن بالإلغاء التي ترد على القرار الإداري.

والأصل أن كل قرار إداري يستهدف تحقيق المصلحة العامة ، ويفترض فيه ذلـك، وعلـى من يدعي خلاف ذلك الإثبات وعيب الانحراف بالسلطة أو الغاية عيب قصدي أو عمدي يتعلق بنيـة مصدر القرار الذي يجب أن يكون سيء النية يعلم أنه يسعى إلى غاية بعيدة عن المصلحة العامـة أو غير تلك التي حددها القانون.

ولأن هذا العيب يتصل بالبواعث النفسية الخفية لجهة الإدارة ، وإثباته يتطلـب أن يبحـث القضاء في وجود هذه البواعث وهو أمر بعيد المنال ، فقد أضفى القضاء على هذا العيـب الـصفة الاحتياطية فلا يبحث في وجوده طالما أن هناك عيـب آخـر شـاب القـرار الإداري، مثـل عـدم الاختصاص أو عيب الشكل أو مخالفة القانون.

ويمكن تحديد الغاية من القرار الإداري وفقاً لثلاثة اعتبارات:

١. استهداف المصلحة العامة: السلطة التي تتمتع بها الإدارة ليست غاية في ذاتها إنما هي وسيلة لتحقيق الغاية المتمثلة بالمصلحة العامة ، فإذا حادت الإدارة عن هذا الهدف لتحقيق مصالح شخصية لا تمت للمصلحة العامة بصلة كمحاباة الغير أو تحقيق غرض سياسي أو استخدام السلطة بقصد الانتقام فإن قراراتها تكون معيبة وقابلة للإلغاء.

٢. احترام قاعدة تخصيص الأهداف: على الرغم من أن الإدارة تستهدف تحقيق المصلحة العامة دائماً فقد يحدد المشرع للإدارة هدفاً خاصاً يجب أن تسعى قراراها لتحقيقه وإذا ما خالفت هذا الهدف فإن قراراتها يكون معيباً بإساءة استعمال السلطة ولو تذرعت الإدارة بأنها قد قصدت تحقيق المصلحة العامة، وهذا ما يعرف بمبدأ تخصيص الأهداف ومثال ذلك قرارات الضبط الإداري التي حدد لها القانون أهدافاً ثلاثة لا يجوز للإدارة مخالفتها وهي المحافظة على الأمن العام و السكينة العامة والصحة العامة ، فإذا خالفت الإدارة هذه الأهداف في قرارات الضبط الإداري فإن قرارها هذا يكون معيباً وجديراً بالإلغاء.[٣٣]

---

33 – ينظر :

د. سليمان محمد الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة – المصدر السابق – ص ٣٦.

د. ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – المصدر السابق – ص ٣٩٧ .

د. محمد سعيد حسين – مبادئ القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٥٣٨.

٣. احترام الإجراءات المقررة: يتعين على الإدارة احترام الإجراءات التي بينها القانون لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه ، فإذا انحرفت الإدارة في الإجراءات الإدارية اللازمة لإصدار قرار معين بإجراءات أخرى لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه فإن تصرفها هذا يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة في صورة الانحراف بالإجراءات.

وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب أما لأنها تعتقد أن الإجراء الذي اتبعته لا يؤدي لتحقيق أهدافها أو أنها سعت إلى التهرب من الإجراءات المطولة أو الشكليات المعقدة ، ومثال ذلك أن تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء المؤقت على العقارات بدلاً من سيرها في طريق إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة تفادياً لطول إجراءات نزع الملكية ، أو أن تقرر الإدارة ندب موظف وهي تستهدف في الحقيقة معاقبته فتلجأ إلى قرار الندب لتجريده من ضمانات التأديب

الفصل الثالث

تصنيف القرارات الإدارية

تنقسم القرارات الإدارية إلى أنواع متعددة حسب الزاوية التي ينظر منها إلى القرار أو حسب الأساس الذي يقوم عليه التقسيم[34].

فمن حيث التكوين توجد قرارات بسيطة وأخرى مركبة ومن حيث أثرها تقسم إلى قرارات منشئة وقرارات كاشفة ومن زاوية رقابة القضاء توجد قرارات خاضعة لرقابة القضاء وقرارات لا تخضع لرقابة القضاء وفي حيث نفاذها في مواجهة الأفراد تقسم إلى قرارات نافذة في حق الأفراد وأخرى غير نافذة في حقهم وأخيراً من حيث مدى القرارات وعموميتها توجد قرارات فردية وأخرى تنظيمية

المبحث الأول

القرارات الإدارية من حيث التكوين

(قرارات بسيطة وقرارات مركبة)

تنقسم القرارات الإدارية من هذه الجهة إلى قسمين الأول القرارات البسيطة أو المستقلة وهي تلك القرارات التي تتميز بكيان مستقل وتستند إلي عملية قانونية واحده غير مرتبطة بعمل

34- ينظر بشأن تصنيف القرارات الإدارية : د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق، ص٥٦٥؛ د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، المصدر السابق، ص٤٦١؛ د. محمود حافظ، القرار الإداري، المصدر السابق، ص٧٤؛ د. صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري، المصدر السابق، ص٦٠٤ .

قانوني أخر كالقرار الصادر بتعين موظف أو ترقيته أو نقلة وهي الصورة الأكثر شيوعاً في القرارات الإداري.

أما النوع أو القسم الثاني فيسمى بالقرارات المركبة وهي تلك القرارات التي تدخل في عملية قانونية مركبة تتم من عدة مراحل ومن هذه القرارات قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وقرار إرساء المزاد أو أجراء المناقصة في العقود الإدارية.

فالقرار الإداري الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة تصاحبه أعمال إدارية أخرى قد تكون سابقة أو معاصرة أو لاحقه له وتتم على مراحل متعددة تبدأ بتقرير المنفعة العامة للعقار موضوع نزع الملكية ثم أعداد كشوف الحصر لها وأخيراً صدور قرار نقل الملكية أو تقرير المنفعة العامة.

ولهذا التقسيم أهمية تاريخية في فرنسا إذ أن القرارات التي تدخل في تكوين عمل إداري مركب كانت لا تقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء إمام مجلس الدولة تطبيقا لنظرية الدعوى الموازية على أساس أن القانون قد نظم لصاحب الشأن طريقا قضائيا أخر يستطيع به تحقيق ما توفره دعوى الإلغاء من مزايا وقد تخلى مجلس الدولة عن هذه النظرية بصورة تدريجية عندما سمح بالطعن بالإلغاء استقلالا في الأعمال القابلة للانفصال عن العملية المركبة ولو انه مازال يأخذ بها في دائرة ضيقة[٣٥].

ومن جانب أخر تظهر أهمية هذا التقسيم في أن القرارات البسيطة يمكن الطعن فيها بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية نهائيه أما في حالة القرارات المركبة فلا يجوز الطعن بالقرارات التمهيدية أو التحضيرية التي تتطلب تصديق جهات إدارية أخرى ولا يمكن الطعن بالإلغاء إلا بالقرار الإداري النهائي نتاج العملية المركبة. [٣٦]

ومع ذلك فقد سمح القضاء الإداري كما بينا بفصل القرار الإداري الذي يساهم في عملية مركبة وفق ما يسمي بالأعمال القابلة للانفصال وقبل الطعن فيها بصفة مستقلة وبشروط معينة.

فقد استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على أن القرارات الإدارية السابقة على أبرام العقد أو الممهدة لانعقاده مثل قرارات لجان فحص العطاءات ولجان البث في العطاءات وقرار استبعاد احد المتقدمين وقرار إرساء المزايدة أو إلغائها هي قرارات إدارية مستقلة عن العقد يجوز الطعن بها بدعوى الإلغاء وسمحت نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة لمن له مصلحة من الغير أن يطعن بالإلغاء في هذه القرارات أما المتعاقدون فليس لهم أن يطعنوا في هذه القرارات إلا أمام قاضي العقد وعلى أساس دعوى القضاء الكامل.

اما في العراق فان محكمة القضاء الاداري في عدد من احكمها ومنه حكمها ذي العدد ٨١ في ١٢- ١٢-١٩٩٦ قد استبعدت القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية من ولايتها ولو تعلق الامر بالقرارات القابلة للانفصال عن العقد ونرى ان مسلكها غير سليم في هذا الخصوص.

---

35 - د. محمود محمد حافظ – القرار الإداري – المصدر السابق – ص ٧٦ .

36 - د. صبيح بشير مسكوني – مبادئ القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٦٠٨ .

المبحث الثاني

القرارات الإدارية من حيث آثارها

(قرارات منشئة وقرارات كاشفة)

يمكن تقسيم القرار الإدارية من حيث طبيعة آثارها إلى قسمين: قرارات منشئة وهي القرارات التي يترتب عليها أنشاء مراكز قانونية جديدة أو أحداث تغيير في المراكز القانونية القائمة تعديلاً أو إلغاء ، كالقرار الصادر بتعيين موظف عام أو فصله أو معاقبته.

أما القسم الثاني من القرارات فيسمى بالقرارات الكاشفة ويقصد بها القرارات التي لا تحدث مركزاً قانونياً جديداً وإنما تقرر حالة موجودة أو تكشف عن مركز قانوني قائم مسبقاً ، مثل القرار الصادر بفصل موظف لصدور حكم ضده بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو القرار الذي يتضمن تأكيد أو تفسير قرار سابق دون أن يضيف إليه.

ويتبين من ذلك أن أثر القرارات الكشافة ينحصر في إثبات وتقرير حالة موجودة من قبل ولا يتعدى ذلك إلى أنشاء مراكز قانونية جديدة.

وتبدو أهمية التفرقة بين القرارات الإدارية الكشافة والقرارات الإدارية المنشئة في أمرين:

١. أن القرارات المنشئة ترتب آثارها منذ صدورها أما القرارات الكاشفة فترجع آثارها إلى التاريخ الذي ولدت فيه الآثار القانونية التي كشف عنها القرار ، إلا أن ذلك لا يعتبر إخلالاً بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، لأن أثر القرارات الكاشفة فوري إذ تكشف عن العمل القانوني المنشئ للمركز القانوني محل القرار الكاشف. (٣٧)
٢. القرارات الكاشفة يجوز للإدارة سحبها دون التقيد بميعاد محدد مطلقاً ، أما القرارات الإدارية المنشئة فإن سحبها يكون مقيد بميعاد الطعن بالإلغاء.

المبحث الثالث

القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء

(قرارات تخضع للرقابة وقرارات لا تخضع للرقابة)

تنقسم القرارات الإدارية من زاوية خضوعها لرقابة القضاء ، إلى قرارات تخضع لرقابة القضاء وهذا هو الأصل ، وقرارات لا تخضع لرقابة القضاء وهي القرارات المتعلقة بأعمال السيادة أو تلك التي منعت التشريعات الطعن فيها أمام القضاء.

أولاً : القرارات الخاضعة لرقابة القضاء .

- تعد رقابة القضاء على أعمال الإدارة أهم وأجدى صور الرقابة والأكثر ضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم لما تتميز به الرقابة القضائية من استقلال وما تتمتع به أحكام القضاء من قوة وحجية تلزم الجميع بتنفيذها و احترامها.

---

[37] – د. محمود محمد حافظ – القرار الإداري – المصدر السابق – ص ١٧٣ .

والأصل أن تخضع جميع القرارات الإدارية النهائية لرقابة القضاء أعمالاً لمبدأ المشروعية ، ومن المستقر وجود نوعين من نظم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة الأول يسمى القضاء الموحد ، أما الثاني فيسمى نظام القضاء المزدوج.

١. نظام القضاء الموحد: في هذا النظام من القضاء تنحصر الرقابة القضائية في نطاق ضيق من جانب القضاء ، يتمثل في التعويض عن الأضرار التي قد تنتج من جراء تطبيق القرارات الإدارية. (٣٨)

ويسود هذا النظام في إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأخرى ، ومقتضاه أن تختص جهة قضائية واحدة بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين الإدارة أو بين الهيئات الإدارية نفسها.

وهذا النظام يتميز بأنه أكثر اتفاقاً مع مبدأ المشروعة إذ يخضع الأفراد والإدارة إلى قضاء واحد وقانون واحد مما لا يسمح بمنح الإدارة أي امتيازات في مواجهة الأفراد. (٣٩)

بالإضافة إلى اليسر في إجراءات التقاضي إذا ما قورنت بأسلوب توزيع الاختصاصات القضائية بين القضاء العادي والإداري في نظام القضاء المزدوج.

ومع ذلك فقد وجه النقد إلى هذا النظام من حيث أنه يقضي على الاستقلال الواجب للإدارة بتوجيهه الأوامر إليها بما يعيق أدائها لأعمالها ، مما يدفع الإدارة إلى استصدار التشريعات التي تمنع الطعن في قراراتها ، ولا يخفى ما لهذا من أضرار بحقوق الأفراد وحرياتهم.

ومن جانب آخر يؤدي هذا النظام إلى تقرير مبدأ المسؤولية الشخصية للموظفين مما يدفعهم إلى الخشية من أداء عملهم بالوجه المطلوب خوفاً من المساءلة.

٢. نظام القضاء المزدوج: يقوم هذا النظام على أساس وجود جهتين قضائيتين مستقلتين، جهة القضاء العادي وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص ، ويطبق القضاء على هذا النزاع أحكام القانون الخاص.

وجهة القضاء الإداري تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة عندما تظهر الأخيرة بصفتها صاحبة السلطة وتتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الأفراد ويطبق القضاء الإداري على المنازعة قواعد القانون العام.

---

38 – د. عبد الغني بسيوني – المصدر السابق – ص ٤٩٦ .

39 – *H.W.R.Wade – Administrative Law – 1976 – P11 .*

ووفقاً لهذا النظام تخضع جميع القرارات الإدارية لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً ، إلا في استثناءات معينة تتعلق بأعمال السيادة والقرارات التي حصنها المشرع من رقابة القضاء.

ومن الدول التي أخذت بهذا الأسلوب فرنسا التي تعد مهد القضاء الإداري ومنها انتشر هذا النظام في كثير الدول كبلجيكا واليونان ومصر والعراق.

ثانيا: القرارات غير خاضعة لرقابة القضاء .

القرارات الإدارية التي لا تخضع لرقابة القضاء تتمثل في صنفين الأول يتعلق بأعمال السيادة أو الأعمال الحكومية ، أما الثاني فيشمل القرارات الإدارية التي يحصنها المشرع من رقابة القضاء لاعتبارات خاصة.

١. أعمال السيادة: اختلف الفقه والقضاء في تعريف أعمال السيادة ، وهي في حقيقتها قرارات إدارية تصدر عن السلطة التنفيذية ، وتتميز بعد خضوعها لرقابة القضاء سواء أكان بالإلغاء أو التعويض[٤٠].

وقد نشأت نظرية أعمال السيادة في فرنسا عندما حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يحتفظ بوجوده في حقبة إعادة الملكية إلى فرنسا عندما تخلى عن الرقابة على بعض أعمال السلطة التنفيذية[٤١].

غير أن الانتقادات الموجهة لهذا المعيار دفعت مجلس الدولة إلى التخلي عنه والأخذ بمعيار طبيعة العمل الذي يقوم على أساس البحث في موضوع العمل الإداري فإذا تعلق بتحقيق مصلحة الجماعة السياسية والسهر على احترام الدستور وسير الهيئات العامة وعلاقات الدولة مع الدول الأجنبية فإن العمل يكون من الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة ، أما إذا كانت الأعمال الإدارية التي تتعلق بالتطبيق اليومي للقوانين والإشراف على علاقات الأفراد بالهيئات الإدارية مركزية أو غير مركزية فإن العمل يكون إدارياً ويخضع لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً.[٤٢]

في حين اتجه جانب من الفقه إلى الأخذ بمعيار آخر يسمى القائمة القضائية ، يقوم على أن تحديد أعمال السيادة يعتمد على ما يقرره القضاء فهو يبين هذه الأعمال ويحدد نطاقها ، وقد أسهم مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع في وضع قائمة لأعمال السيادة أهمها:

- الإعمال المتعلقة بعلاقة المحكومة بالبرلمان.
- القرارات الخاصة بانتخاب المجالس النيابية والمنازعات الناشئة عنها.

---

40 – *J.M.Audy – Droit Administratif, Paris, 1967, P55.*

41 – للمزيد ينظر : مؤلفنا في الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي – المصدر السابق – ص ٣٧ وما بعدها .

42– *Vedel (G) Droit administrative P.u,F Paris 1954 – p305* .

- قرارات رئيس الجمهورية المتعلقة بالعلاقة بين السلطات الدستورية،وممارسة الوظيفة التشريعية مثل قرار اللجوء إلى السلطات الاستثنائية المنصوص عليها المادة ١٦ من الدستور ١٩٥٨ الفرنسي.[٤٣]
- الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية.[٤٤]
- الأعمال المتعلقة بالحرب.[٤٥]

٢- القرارات المحصنة في الرقابة القضاء: من مظاهر سيادة القانون أن تخضع قرارات الإدارية جميعا لرقابة القضاء، فهو الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حقوق الأفراد في مواجهة الدولة بهيئاتها المختلفة التشريعية والتنفيذية.[٤٦]

فالقضاء يملك تقويم الإداري وإجبارها على احترام المشروعة إذا ما حادث عنها ولاشك أن في ذلك ضمان مهمة لحماية حقوق الأفراد وحرياتها، وتتم من خلال السماح للأفراد بالطعن في قرارات الإدارية إذا مست مصالحهم طالبين إلغائها أو التعويض عنها.

وإذا كان الأصل خضوع الإدارة لرقابة القضاء فان مستلزمات المصلحة العامة قد تقتضي التخفيف من صرامة هذا المبدأ فتسمح بموازنة مبدأ المشروعية من خلال نظرية السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية.

إلا أن الدول تبالغ أحيانا في استعاد الكثير من القرارات الإدارية من الخضوع للطعن أمام القضاء للاعتبار مختلفة.

ولاشك ان هذا الاتجاه خطير من المشرع لأن تحصينة للقرارات الادارية من الطعن،يجرد الافراد من ضمانه مهمه في مواجهة عسف الادارة وذلك.

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي قد اخرج من اختصاصات محكمة القضاء الاداري الطعون في القرارات الاتية:

١. اعمال السيادة واعتبر من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية.
٢. القرارات الادارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية.
٣. القرارات الادارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها او الاعتراض عليها او الطعن فيها.

---

(٤٣) *C.E.2 mars 1962 ,Rubin de servens .C.E.19oct 1962 ,Brocas ,precite.*

(٤٤) *C.E.2 mars 1966 ,Dame Cramencel .*

(٤٥) *C.E.9 Janu . 1952 ,Geny .Rece 79 .*

(٤٦) *G.Vedel ,Droit administratif prosses university De france ,paris, p.266.*

وفي ضوء ذلك يتبين ان اختصاصات المحكمة محدودة جداً فهي علاوة على حصر اختصاصها بالنظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية، نجد ان المشرع قد استثنى العديد من القرارات الادارية من قبيل المراسيم والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية والتي اعتبرها من اعمال السيادة. وهو امر يتنافى مع مبدأ المشروعية وضرورة خضوع الادارة للقانون ويفتح المجال امام تعسفها وانتهاك حقوق الافراد وحرياتهم. كما ان المتتبع لطبيعة النظام القانوني العراقي يجد انه زاخر بالنصوص التي ترسم طريقاً للتظلم من القرارات الصادرة من بعض الجهات الادارية امام الادارة نفسها او امام لجان ادارية او شبه قضائية وان استثناء المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة هذا النوع من القرارات من ولاية محكمة القضاء الاداري يقضي على ضمانة مهمة من ضمانات التقاضي ويحرم الافراد من الاستفادة من قضاء مستقل متخصص بالمنازعات الادارية.

ومع ذلك نتلمس توجها آخر من المشرع الدستوري العراقي في الدستور الصادر عام ٢٠٠٥ حيث ورد النص في الماده ٩٧ (يحظر النص في القوانين على تحصين اي عمل او قرار اداري من الطعن.)

غير ان هذا التوجه لم يجد حيز التطبيق فلازالت الاستثناءات الوارده في المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة نافذة على الرغم من عدم دستوريتها.

المبحث الرابع

القرارات الإدارية من حيث نفاذها في مواجهة الأفراد

(قرارات نافذة وقرارات غير نافذة)

تنقسم القرارات الإدارية من حيث أثرها بالنسبة للأفراد إلى قرارات ملزمة للأفراد ونافذة بحقهم،وعليهم احترامها وإذا قصروا في ذلك اجبروا على التنفيذ، وهذا الأصل في القرارات الإدارية.

وقرارات إدارية ويقتصر أثرها على الإدارة تسمي الإجراءات الداخلية ومنها المنشورات والتعليمات على اختلاف أنواعها وتعليمات شارحة،أو آمره أو ناصحه أو مقرره ومؤكده [٤٧] وهذا النوع من القرارات غير نافذ في حق الأفراد وغير ملزم له،ولا يحتج بها عليهم.

بل ان من القضاء من أنكر على التعليمات صفتها القانونية وأعتبرها من قبيل الاعمال المادية محللين ذلك بانها موجهة من الرؤساء الاداريين الى موظفين وليس من الواجب على هؤلاء اطاعتها ولايمكن الزامهم بها الا بطريق غير مباشر عن طريق العقوبات التأديبية.

---

(٤٧) د.فؤاد العطار – القانون الاداري –ط٣ – دار النهضة العربية (بدون سنة طبع) صـ١٠٧.

بيد ان هذا القول لايمكن الاعتداد به لان مخالفة التعليمات ينتج عنها بطبيعة الحال التهديد بالمساس بالمركز الشخص للموظف ونعتقد ان هذا كاف لاضفاء طابع العمل القانوني على التعليمات.(٤٨)

الا ان مايميز هذا النوع من القرارات هو انها غير موجهه للافراد ولا ترتب أثار قانوني في مواجهتهم لانها تخاطب الموظفين فقط.

ويترتب على هذا التقييم ان الاجراءات الداخلية أو التعليمات لايمكن ان تكون موضوعا لدعوى الإلغاء،فلا يقبل من الافراد الطعن بالإلغاء ضدها لانها غير نافذة في مواجهتهم،كما انه لايقبل من الموظف الذي تخاطبه هذه القرارات الطعن فيها بالإلغاء لانه يقع على عاتقه أطاعتها والعمل بها والاتعرض للعقوبات التأديبية.

المبحث الخامس

- القرارات الإدارية من حيث مداها أو عموميتها

(القرارات تنظمية ،قرارات فردية)

تنقسم القرارات الادارية من حيث مداها الى قرارات تنظيمية أو لوائح،وقرارات فردية،ويعد هذا التقسيم من أهم تقسيمات القرارات الادارية لما يترتب عليه من نتائج تتعلق بالنظام القانوني الذي يخضع له كل من القرارات التنظيمية والقرارات الفردية.

أولا : القرارات التنظيمية :

القرارات التنظيمية هي تلك القرارات التي تحتوي على قواعد عامة مجرد تسري على جميع الافراد الذين تنطبق عليهم الشروط التي وردت في القاعدة.

وعمومية المراكز القانونية التي يتضمنها القرار التنظيمي لاتعني انها تنطبق على كافة الاشخاص في المجتمع،فهي تخاطب فرد أو فئة معينة في المجتمع معيينين بصفاتهم لابذواتهم.(٤٩)

والقرارات التنظيمية هي في حقيقتها تشريع ثانوي يقوم الى جانب التشريع العادي، الا أنه يصدر عن الادارة،وعلى ذلك فهو تشريع ثانوي يطبق على كل من يستوفي شروطا معينة تضعها القاعدة مسبقا ولا تستنفذ اللائحة موضوعها بتطبيقها،بل تظل قائمة لتطبق مستقبلا،(٥٠) مع انها اقل ثباتا من القانون.

---

(٤٨) *Benoit –Le droit administratif francais paris 1968 ,p.491-Auby et Drago- Traite de contentieux adminstratif ,1962.p577.*

(٤٩) *Rene (chapus) droit administratif general opcit.p.468.*

(٥٠) ينظر:

- د. محسن خليل –علاقات القانون بالائحة –دراسة مقارنة–محلية الحقوق –جامعة الاسكندرية –١٩٦٩– صـ٣ ومابعدلها.
- د. سامي جمال الدين – اللوائح الادارية – منشاة المعارف ١٩٨٢ –صـ٢٨.

وعلى الرغم من اشتراك اللائحة مع القانون من حيث انهما يتضمنان قواعد عامة مجرده،فانهما يختلفان في مضمون كل منهما فالقانون يضع او يقرر مبادئ عامة اساسية،بينما يقتصر دور اللائحة على ايراد الاحكام التفصيلية التي يتعرض اليها القانون كما ان القانون يصدر بعد إقراره من السلطة التشريعية،اما القرارات التنظيمية أو اللوائح فتصدر عن السلطة التنفيذية.

وتتنوع اللوائح الى عدة انواع أهما:

١- اللوائح التنفيذية:- وهي التي تصدرها الادارة بغرض وضع القانون موضع التنفيذ، وهي تخضع تماماً للقانون وتقيد به وتتبعه، فلا تملك ان تعدل فيه او تضف اليه او تعطل تنفيذه.

٢- لوائح الضبط:- وهي تلك اللوائح التي تصدرها الادارة بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة، الامن العام،والصحة العامة والسكنية العامة،وهي مهمه بالغة الاهمية لتعلقها مباشرة بحياة الافراد وتقيد حرياتهم لانها تتضمن اوامر ونواهي و توقع العقوبات على مخالفيها،مثل لوائح المرور وحماية الاغذية والمشروبات والمحال العامة.

٣- اللوائح التنظيمية:- وتسمى ايضا اللوائح المستقلة وهي اللوائح التي تتعدى تنفيذ القوانين الى تنظيم بعض الامور التي لم يتطرق اليها القانون فتقترب وظيفتها من التشريع.

٤- لوائح الضرورة:- وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان أو السلطة التشريعية لمواجهة ظروف استثنائية عاجلة تهدد أمن الدولة وسلامتها، فتمتلك السلطة التنفيذية من خلالها ان تنظم امور ينظمها القانون اصلا ويجب ان تعرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في اقرب فرصة لاقرارها.

٥- اللوائح التفويضية:- وهي القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية لتنظيم بعض المسائل الداخلة اصلا في نطاق التشريع ويكون لهذه القرارات قوة القانون سواء اصدرت في غيبة السلطة التشريعية أو في حالة انعقادها.

ثانياً : القرارات الفردية .

وهي القرارات التي تنشئ مراكز قانونية خاصة بحالات فردية تتصل بفرد معين بالذات أو أفراداً معيين بذواتهم و تستنفذ موضوعها بمجرد تطبيقها مرة واحدة. [51]مثل القرار الصادر بتعيين موظف عام أو ترقية عدد من الموظفين.

ويظهر الاختلاف بين القرارات التنظيمية أو اللوائح والقرارات الفردية فيما يلي:

١. تسري القرارات الفردية على فرد معين بالذات أو أفراد أو حالات معينة بالذات ، بينما تتضمن القرارات التنظيمية قواعد عامة مجردة تطبق على كل من تتوافر فيهم شروط معينة دون أن يتم تحديد هؤلاء الأشخاص مقدماً بذواتهم أو أسمائهم.

٢. يسري القرار الفردي من تاريخ إعلان صاحب الشأن به كقاعدة عامة ، في حين يبدأ سريان القرارات الإدارية التنظيمية من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.

---

51 – *Rene Chapus – op-cit – P467 .*

٣. تملك الإدارة الحق في تعديل القرارات التنظيمية أو إلغائها أو سحبها دون أن يكون لأحد الحق بالتمسك بحقوق مكتسبة ، على اعتبار أنها تنظم قواعد عامة ، في حين تخضع الإدارة في سحبها وإلغائها أو تعديلها للقرارات الإدارية الفردية لشروط معينة حددها القانون.(٥٢)

٤. تختص المحاكم العادية في تفسير القرارات التنظيمية ، كما هو الحال في تفسير القوانين ، في حين يختص القضاء الإداري بتفسير القرارات الإدارية الفردية. (٥٣)

الفصل الرابع

النظام القانوني للقرارات الإدارية

Le Regim des decision administratives

يتضمن النظام القانوني للقرارات الإدارية على امتيازات مهمة مقررة للسلطة ، مثلما يحتوى على قيود ترد على حرية الإدارة ، وفي هذا الجانب من الدراسة نتناول هذه الامتيازات والقيود في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية .
المبحث الثاني : نفاذ القرارات الإدارية .
المبحث الثالث : تنفيذ القرارات الإدارية

المبحث الأول

سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية

تمارس الإدارة سلطتها في إصدار القرار بإتباع أسلوبين: الأول أن تمارس اختصاصاً مقيداً عندما يلزمها المشرع بوجوب التصرف على النحو معين ، والأسلوب الثاني يتمثل بممارسة الإدارة اختصاصاً تقديرياً ، عندما يترك لها المشرع قدراً من حرية التصرف.

أولاً : الاختصاص المقيد

يقصد بالاختصاص المقيد أن لا تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه ، فالقانون يفرض عليها عند توفر شروط معينة أو قيام عناصر واقعية محددة ، إصدار قرار معين ، وقد يحدد الهدف الذي يتعين على الإدارة أن تعمل على تحقيقه أو الوقت المناسب لإصداره.

وفي هذه الحالة تكون مهمة الإدارة مقصورة على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها ، فلا يترك لها أية حرية في التقدير. (٥٤)

---

52 – د. محمود حافظ – المصدر السابق – ص ١٦٠ .

53 – د. صبيح بشير مسكوني – القانون الإداري – المصدر السابق – ص ٦٠٦ .

د. محمد مختار عثمان – المصدر السابق – ص ٥١٩ .

د. عصمت عبد الله الشيخ – المصدر السابق – ص ٤٦ .

ومثال الاختصاص المقيد حالة ترقية الموظف بالأقدمية فإذا توفرت هذه الأقدمية فإن الإدارة مجبرة على التدخل وإصدار قراراتها بالترقية.

ومع ذلك فإن المشرع قد لا يكبل الإدارة بجميع هذه القيود فمن المستحيل أن تكون جميع عناصر القرار الإداري مقيدة ، لأن المهم أن يسير القرار الإداري الصادر ضمن الاختصاص المقيد للإدارة في مجال النطاق القانوني الذي رسمه المشرع حتى لا يكون مشوباً بعدم مشروعيته.

ويتمثل الاختصاص المقيد في بعض عناصر القرار الإداري أكثر من الأخرى ، فلا تتمتع الإدارة بحرية في مجال عنصر الاختصاص ، حيث يكون قراراها باطلاً أو معدوماً إذا لم تحترم قواعد الاختصاص ، وكذلك في عنصر الشكل عندما يرسم المشرع القواعد والإجراءات الواجب إتباعها عند إصدار القرار ، كما يرد الاختصاص المقيد أحياناً في العناصر الموضوعية من القرار الإداري فيجب أن يكون للقرار الإداري سبب ومحل مشروعان ، وأن تهدف الإدارة من إصداره إلى تحقيق المصلحة العامة.

ثانيا : السلطة التقديرية

يقصد بالسلطة التقديرية أن تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه أو في اختيار القرار الذي تراه ، أي أن المشرع يترك للإدارة حرية اختيار وقت وأسلوب التدخل في إصدار قرارها تبعاً للظروف.

فالمشرع يكتفي بوضع القاعدة العامة التي تتصف بالمرونة تاركاً للإدارة تقدير ملائمة التصرف ، شريطة أن تتوخى الصالح العام في أي قرار تتخذه وأن لا تنحرف عن هذه الغاية ، و إلا كان قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة. [55] مثال ذلك سلطة الإدارة في إصدار قرار الترقية بالاختيار على أساس الكفاءة.

وتتجلى سلطة الإدارة التقديرية في عنصر السبب وهو الحالة الواقعية والقانونية التي تبرر اتخاذ القرار ، والمحل وهو الأثر القانوني المترتب عنه حالاً ومباشرة ، أما باقي عناصر القرار الإداري وهي الاختصاص والشكل والغاية فإنها تصدر بناءً على اختصاص مقيد.

مدى رقابة القضاء على السلطة التقديرية .

ترتبط السلطة التقديرية بفكرة ملائمة القرار الإداري ، إذ أن المشرع منح الإدارة هذه السلطة شعوراً منه بأنها أقدر على اختيار الوسائل المناسبة للتدخل واتخاذ القرار الملائم في ظروف معينة ، وأنه مهما حاول لا يستطيع أن يتصور جميع الحالات التي قد تطرأ في العمل الإداري ويضع الحلول المناسبة لها.

---

[54] - د. سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – الطبعة السادسة – ١٩٩١ – ص ٣١

[55] - د. سعيد عبد المنعم الحكيم – الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٧٦ – ص ٧١ .

في حين يقوم الاختصاص المقيد على فكرة مشروعية القرار الإداري ، لأن الإدارة مقيدة دائماً بما يفرضه القانون ، ويترتب على ذلك أن القضاء يملك بسط رقابته على مشروعية القرار الصادر بناءً على اختصاص الإدارة المقيد ، ويملك إلغاؤه إذا ما تبين أنه مخالف للقانون.

ويتضح مجال الرقابة على عنصر السبب في أن الإدارة تملك تقدير أهمية وخطورة الوقائع ولا تخضع في ذلك لرقابة القضاء ، في حين يمارس القضاء رقابته على صحة قيام الوقائع المادية التي قام عليها القرار، وكذلك فيما يتعلق بالتكييف القانوني لهذه الوقائع.

أما بالنسبة لعنصر المحل فمن الممكن القول بأن معظم الاختصاص فيه هو اختصاص تقديري فبعد أن تتحقق الإدارة من قيام الوقائع المادية ، وبعد أن تكيفها التكييف القانوني الصحيح ، وتقدر مدى خطورة هذه الوقائع ، تنتقل إلى عنصر المحل متمتعة بسلطة تقديرية واسعة في أن تتدخل أو لا تدخل واختيار وقت هذا التدخل كما تتمتع الإدارة بسلطة تحديد الأثر القانوني الذي تريد ترتيبه ، ما لم ينص المشرع على ضرورة تدخلها ووقته والأثر المترتب عليه(٥٦)

وقد برز في مجال رقابة القضاء على السلطة التقديرية اتجاهان فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القضاء يمتنع عن بسط رقابته على أعمال الإدارة المستندة إلى سلطتها التقديرية ، فالقاضي بحسب رأيهم يمارس المشروعية وليس رقابة الملائمة ولا يجوز له أن يمارس سطوته على الإدارة فيجعل من نفسه رئيساً لها. (٥٧)

في حين يذهب الجانب الآخر إلى جواز تدخل القاضي لمراقبته السلطة التقديرية على أساس ما يتمتع به القاضي الإداري من دور في الكشف عن قواعد القانون الإداري فيمكن له أن يحول بعض القضايا المدرجة في السلطة التقديرية والمرتبطة بالملائمة إلى قضايا تندرج تحت مبدأ المشروعية تلتزم الإدارة بأتباعها و إلا تعرضت أعمالها للبطلان.(٥٨)

والرأي الأكثر قبولاً في هذا المجال يذهب على أن سلطة الإدارة التقديرية لا تمنع من رقابة القضاء وإنما هي التي تمنح الإدارة مجالاً واسعاً لتقدير الظروف الملائمة لاتخاذ قراراتها وهذه الحرية مقيدة بأن لا تتضمن هذه القرارات غلطاً بيناً أو انحرافاً بالسلطة ، وهي بذلك لا تتعارض مع مبدأ المشروعية بقدر ما تخفف من اختصاصات الإدارة المقيدة.

المبحث الثاني

نفاذ القرارات الإدارية

الأصل أن يكون القرار الإداري نافذاً من تاريخ صدوره من السلطة المختصة قانوناً بإصداره ، ولكنه لا يسري في حق الأفراد المخاطبين به إلا إذا علموا به عن طريق أحدى الوسائل

---

56 – د. عصمت عبد الله الشيخ – المصدر السابق – ص ٧٢ .

57 – *Wade. H.W.R Administrative Law . Oxford – 1977 – P 630 .*

58 – د.عبد القادر باينه – القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي – دار توبقال للنشر – المغرب – ١٩٨٥ – ص ٢٤ .

المقررة قانوناً. ومن ثم فهناك تاريخان رئيسيان لنفاذ القرارات الإدارية هما تاريخ صدور القـرار ، وتاريخ العلم به أو سريانه في مواجهة الأفراد ، وسنبحث هذين التاريخان ثم نبحث في مبدأ عـدم رجعية القرارات الإدارية و أمكان أرجاء آثاره إلى المستقبل.

أولاً : تاريخ صدور القرار الإداري ذاتـه .

الأصل أن القرار الإداري يعد صحيحاً ونافذاً من تاريخ صدوره ، ومن ثم فإنه يسرى فـي حق الإدارة من هذا التاريخ ويستطيع كل ذي مصلحة أن يحتج بهذا التاريخ في مواجهتها غيـر أن هذا القرار لا يكون نافذاً بحق الأفراد إلا من تاريخ علمهم به.

إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات ، من ذلك أن هناك من القرارات ما يلـزم لنفاذها إجراءات أخرى من قبيل التصديق أو وجود اعتماد مالي ، فلا ينفذ القـرار إلا مـن تـاريخ استيفاء هذه الإجراءات ، كما قد تعمد الإدارة إلى أرجاء أثار القرار إلى تاريخ لاحق لتاريخ صدوره وهو ما يعرف بإرجاء أثار القرار الإداري. [٥٩]

ثانيا : سريان القرار الإداري في مواجهة الأفراد.

إذا كان القرار الإداري ينفذ في حق الإدارة بصدوره ، فإنه لا يكون كـذلك فـي مواجهـة الأفراد ، فيلزم لذلك علمهم به بأحدى وسائل الإعلام المقررة قانوناً ، وهي: الإعـلان ، النـشر، أو بعلم صاحب الشأن علماً يقينياً.

١. الإعلان او التبليغ:

يقصد بالإعلان تبليغ القرار الإداري إلى المخاطب به بالذات ، والأصـل أن الإعـلان يـتم بكافة الوسائل المعروفة والتي من خلالها يمكن أن يتحقق علم صاحب الشأن بـالقرار ، كتـسليمه القرار مباشرة أو بالبريد أو عن طريق محضر ، أو لصقه في المكان المخصص للإعلان.

والإعلان هو الوسيلة الواجبة لتبليغ القرارات الفردية الصادرة بصدد فرد معين بالـذات أو أفراداً معينين بذواتهم أو بخصوص حالة أو حالات معينة ، كما هو الحال بالنـسبة لقـرار تعيـين موظف أو منح رخصة مزاولة مهنة معينة ، وعلى ذلك لا يكفي نشر القرار لافتراض العلم به[٦٠].

وهذا الإعلان قد يكون تحريرياً كما يصح شفهياً و فالإدارة غير ملزمة بإتباع وسيلة معينة للإعلان إلا أن الصعوبة تكمن في إثبات التبليغ الشفهي لذلك نجد الإدارة تسعى دائماً إلى أن يكـون إعلانها كتابة حتى تتجنب مخاطر التبليغ لأن من السهل عليها إثبات التبليغ الكتابي.

إلا أن عدم تطلب شكلية معينة في الإعلان لا ينفي ضرورة احتواء الإعلان على مقومـات تتمثل في ذكر مضمون القرار والجهة الصادر منها وأن يوجهه إلى ذوي المصلحة شخصياً أو مـن ينوب عنهم[٦١].

---

59 – د. محمد سعيد حسين أمين – المصدر السابق – ص ٥٩٠ .

60_ *Jean Rivero. Droit administrative – Dalloz – 1987 – P 264 .*

61 – حكم المحكمة العليا في القضية رقم ٥٨٨ لسنة ٧ق المجموعة ص ١٠٤٥ .

